

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURIDICAS**



Universidad de El Salvador
Hacia la libertad por la cultura

**EL MEDIO DE PRUEBA DE REPRODUCCION DEL SONIDO, VOZ O DE
LA IMAGEN Y ALMACENAMIENTO DE LA INFORMACION EN LOS
PROCESOS CIVILES Y MERCANTILES, EN OBLIGACIONES
CONTRAIDAS DE FORMA ELECTRONICA EN EL SALVADOR**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO(A)
EN CIENCIAS JURIDICAS
PRESENTADO POR:**

**HEIDI ELIZABETH CALDERON ALVARENGA
MISAE ERNESTO NAJARRO PORTILLO
REYES ANTONIO GRANADOS MANZANARES**

**DOCENTE ASESOR:
MSC. WILMER HUMBERTO MARIN SANCHEZ**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JULIO 2018

TRIBUNAL CALIFICADOR

**LIC. JOSUE RUBEN RIVAS BAIREZ
(PRESIDENTE)**

**LIC. ELIAS ALEXANDER MEJIA MERLOS
(SECRETARIO)**

**MSC. WILMER HUMBERTO MARIN SANCHEZ
(VOCAL)**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR

Dr. Manuel de Jesús Joya Ábrego
VICERRECTOR ACADÉMICO

ING. NELSON BERNABÉ GRANADOS
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Lic. Cristóbal Hernán Ríos
SECRETARIO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín
FISCAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA

Dr. José Nicolás Ascencio Hernández
VICE DECANO

Msc. Juan José Castro Galdámez
SECRETARIO

Lic. René Mauricio Mejía Méndez
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo
DIRECTORA DEL PROCESO DE GRADUACION

Licda. María Magdalena Morales
**COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACION DE
LA ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**

AGRADECIMIENTOS

Gracias Dios por haberme permitido alcanzar el objetivo de terminar mi licenciatura y por haberme acompañado a lo largo de la misma. Gracias abuela, mi hija y hermano por haberme apoyado, guiado, escuchado y por todos los esfuerzos que realizó durante estos años que estuve lejos de casa, el haber alcanzado este primer gran objetivo y sueño en mi vida se debe principalmente a ustedes, y sin duda por ustedes, gracias por cambiar los momentos de estrés en risas y juegos, y por el ambiente de alegría y de ternura que se respiraba en casa gracias a su presencia.

Gracias Msc. Wilmer Humberto Marín Sánchez, gracias por todo el tiempo dedicado a la realización de esta investigación, gracias por todas las enseñanzas, por el apoyo en todo momento, por la paciencia y el ánimo que me brindó aún en los momentos de mayor incertidumbre.

A todos mis familiares, compañeros y amigos haberme apoyado en los momentos malos y en los buenos de mi vida, gracias por haber hecho menos difícil mi vida universitaria.

HEIDI ELIZABETH CALDERON ALVARENGA

AGRADECIMIENTOS

Gracias a mi Dios por haberme concedido llegar a esta etapa de mi vida, permitiéndome lograr una de mis metas profesionales, que sin lugar a duda no podría haber alcanzado solo; sino únicamente con su ayuda y fortaleza sosteniéndome él con su mano poderosa.

A mi Madre, MARIA MANZANARES DE GRANADOS, por su comprensión y apoyo en toda mi formación académica y aún más en este esfuerzo para obtener un Título Universitario el cual es solo un peldaño en mi vida profesional.

A mi Esposa, OLINDA RAQUEL RODRIGUEZ DE GRANADOS, quien siempre ha estado pendiente de mí; y me ha dado todo su apoyo en los momentos que más lo he necesitado, además, de luchar a mi lado para lograr todos mis sueños, metas y objetivos en la vida.

A mis Hijos: RODRIGO ALEJANDRO GRANADOS CONTRERAS Y DANIEL ANTONIO GRANADOS RODRIGUEZ, quienes son mis más grandes razones de vivir y para los cuales culmino una meta profesional, con el objetivo de obtener más herramientas en la vida las cuales me permitan facilitarles la vida que ellos se merecen. A todos gracias.

REYES ANTONIO GRANADOS MANZANARES

AGRADECIMIENTOS

Agradezco en primer lugar a Dios por permitirme llegar hasta esta etapa de mi vida, por darme fortaleza en los momentos difíciles y por darme sabiduría para superar cada etapa de la carrera, llegando a culminar satisfactoriamente cada ciclo, por proveerme de los insumos necesarios para lograr el objetivo el cual es culminar los estudios de la licenciatura.

A mi madre quien siempre ha sido mi mano derecha, quien pese a todas las dificultades me supo sacar adelante desde mi niñez, me formo en carácter y personalidad para poder ser un excelente profesional, le agradezco por todo el apoyo en los momentos de flaqueza, supo aconsejarme para hacer las cosas bien y estar donde estoy hoy.

A mi inspiración mi tía Cecy Noemy Portillo que gracias a ella conocí en mi niñez el fascinante mundo del derecho y todas sus ramas, por el apoyo y las asesorías que me brindó para comprender más el significado del derecho.

A mi mejor amigo, Erick Urrutia, por apoyarme en esta última etapa de la carrera, por apoyarme en los momentos más difíciles de este trabajo de graduación, y darme ánimos para culminar este proceso.

MISAEL ERNESTO NAJARRO PORTILLO

ÍNDICE

Resumen.....	i
Abreviaturas.....	ii
Introducción.....	iii

CAPITULO I

DE LA CONTRATACION Y DEL COMERCIO

1.1 Antecedentes históricos de la contratación.....	1
1.1.1 Roma.....	2
1.1.2 Edad media.....	3
1.1.3 La evolución del Derecho Civil En Europa.....	5
1.1.4 La regularización del contrato en el Código Napoleónico.....	7
1.1.5 El Derecho Italiano.....	7
1.1.6 México.....	8
1.2 Definición.....	8
1.3 Características.....	10
1.4 Elementos.....	10
2. De las obligaciones.....	11
2.1 Antecedentes Históricos.....	11
2.1.1 Teoría antigua (Antecedentes Romanos).....	11
2.1.2 Teoría moderna.....	12
2.2 Definición.....	12
2.2.1 Origen etimológico.....	12
2.2.2 Definición.....	12
2.3 Características.....	14
2.3.1 Fuentes de las obligaciones.	15
2.3.2 Fuentes tradicionales.....	15
2.4 Elementos.....	27

2.4.1. Elemento personal.....	28
3. Del comercio.....	29
3.1 Generalidades.....	29
3.1.1 Origen del comercio.....	29
3.1.2 Definición.....	33
3.1.3 Acto de comercio.....	34
3.1.4 Definición mercantil.....	34
3.2 Sujetos.....	35
3.2.1. El comerciante.....	35
3.3 Actos De Comercio.....	38
3.4. Nuevas formas de comercio y contratación.....	38
3.4.1 Comercio electrónico.	38
3.4.1.1 Orígenes.....	38
3.4.1.2 Definición de contrato electrónico.....	43

CAPITULO II

MARCO DOCTRINARIO DEL DERECHO PROCESAL

2.1.1 Antecedentes históricos.	48
2.2 De la prueba.....	48
2.2.1 Antecedentes históricos.....	48
2.2.2 Definición.....	51
2.2.3 Derecho de probar.....	54
2.2.4 Características de la prueba.	55
2.3 Marco doctrinario y legal de los medios de prueba.....	58
2.3.1 Documentos.....	58
2.3.1.1 Instrumentos públicos.....	58
2.3.1.2 Instrumentos privados.....	59
2.3.1.3 Instrumentos redactados en idioma extranjero.....	60

2.3.2 Declaración de parte.....	62
2.3.3 Interrogatorio de testigos.....	63
2.3.4 Prueba pericial.....	63
2.3.5 Reconocimiento judicial.....	64
2.3.6 Medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información.	64
2.3.6.1 Medios de reproducción de imágenes o palabras.....	65
2.3.6.2. Medios de almacenamiento de información.....	68
2.4 Proposición del medio de reproducción del sonido, voz o la imagen y almacenamiento de la información.....	71
2.5 Necesidad de reproducción en audiencia.....	72
2.6 Relación entre el medio de prueba de reproducción de la voz sonido, imagen y almacenamiento de la información, con otros medios de prueba.....	74
2.6.1 Prueba pericial.....	74
2.6.2 Reconocimiento judicial.....	75
2.7 Sistemas de valoración de la prueba.....	74
2.7.1 Prueba tasada o de la tarifa legal.....	76
2.7.2 Sana crítica.....	78

CAPITULO III

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS MEDIOS DE PRUEBA REPRODUCCIÓN DEL SONIDO, VOZ O DE LA IMAGEN Y

3.1 Generalidades.....	80
3.2 Antecedentes históricos.....	82
3.2.1 Carácter documental de la información.....	85
3.3. Antecedentes en El Salvador.....	91
3.3.1 Código de comercio.....	91

3.3.2 Incorporación del medio de prueba de reproducción de voz, sonido e imagen y almacenamiento de El Salvador a los procesos Civiles y Mercantiles.....	92
---	----

CAPITULO IV

APLICACIÓN DE LEYES EN LOS CONTRATOS REALIZADOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

4.1 Fundamentos para la validez de contratación electrónica.....	99
4.2 La jurisdicción y ley aplicable a los contratos de compraventa internacional en internet.....	106
4.2.1 Compraventas nacionales e internacionales por internet.....	106
4.3 Medios de prueba para la eficiencia de procesos Civiles y Mercantiles.....	118
4.4 Leyes salvadoreñas relacionadas con contratos por medios electrónicos.....	124
4.5 Objeto de la prueba.....	129
4.6 Derecho extranjero.....	131
4.7 Admisión de la prueba material o tangible.....	134
4.8 Medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de la información.....	138

CAPITULO V

INVESTIGACIÓN DE CAMPO

5.1 Definición de encuesta a realizar.....	144
5.2 Entrevista dirigida a Jueces de Tribunales Civiles y Mercantiles del Municipio de San Salvador	147
CONCLUSIONES y RECOMENDACIONES.....	161
BIBLIOGRAFÍA.....	164

RESUMEN

En el presente trabajo de grado se documenta la forma en la cual los procesos civiles y mercantiles han ido evolucionando con el paso del tiempo, así como los medios de prueba y la forma de contratar; el cual ha sido el avance histórico de la contratación y del comercio, analizando su creación en Europa, luego su evolución por la edad media, llegando a América latina en donde se encuentran antecedentes en México y así ha ido evolucionando hasta la actualidad; a la vez se analizan las características de los contratos en materia civil principalmente las generalidades de las obligaciones para tener un orden histórico cronológico del avance del tema que se ocupa.

En el marco doctrinario del derecho procesal, su historia, así como la prueba, sus antecedentes, medios probatorios y demás aspectos de ella, haciendo énfasis al medio de prueba objeto de estudio de este trabajo el cual es el medio de reproducción de voz, el sonido y la imagen y almacenamiento de la información, haciendo un análisis del sistema de valoración de la prueba utilizado en la legislación salvadoreña.

Para terminar con el estudio del medio de prueba de reproducción de voz, o de la imagen y almacenamiento de la información en los procesos civiles y mercantiles en obligaciones contraídas de forma electrónica en El Salvador, se realiza una investigación de campo dirigida hacia los jueces en materia Civil y Mercantil del área de San Salvador, por medio del cual y mediante preguntas abiertas, los jueces que se dieron la oportunidad de ser entrevistados, así ellos brindan diversas opiniones y criterios de la vida diaria en los tribunales, con lo cual se puede llegar a una conclusión sobre qué tan factible es la aplicación de este medio probatorio y la importancia que le dan los jueces al tema.

ABREVIATURAS

LPC.	Ley de Protección al Consumidor.
SO.	Sistema Operativo.
CN.	Constitución de la República.
C.P:	Código Penal.
C.C. Español:	Código Civil español
Cc.	Código Civil salvadoreño
C. Com.	Código de Comercio de El Salvador.
C.P.C.M.	Código Procesal Civil y Mercantil.

SIGLAS

WWW.	World Wide Web.
HTML.	Hyper Text Markup Language.
ALRCEDFD.	Anteproyecto de Ley para la Regulación del Comercio Electrónico, Documentos y Firma Digital de El Salvador.
LMCNUDMICE.	Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico.
LMCNUDMIFE.	Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Firma Electrónica.

INTRODUCCIÓN

La humanidad ha alcanzado uno de sus más grandes sueños e ideales, el cual es controlar los procesos y agilizar la información, todo esto sin importar el tiempo ni la distancia, es decir, globalizar el mundo mediante una sola herramienta que es el internet; dicha herramienta no solo ha evolucionado la vida de las personas, sino también la del mercado y el comercio, permitiendo a usuarios y comerciantes, poder romper las barreras de comunicación entre sí, y dando paso con ello a una relación que va más allá de la distancia y el tiempo, entre otros aspectos. El Comercio Electrónico es uno de los avances tecnológicos que más impacto han tenido en la sociedad y en el mundo entero, puesto que ya no existen limitaciones para realizar negocios jurídicos entre personas naturales y grandes empresas o entidades financieras, pues el Internet, como una herramienta eficaz y novedosa, permite acceder a cualquier red en el mundo y de esta forma, comprar, vender e incluso anunciarse por medio de esta.

Sin embargo; como todo gran logro para la humanidad, se plantea una problemática en la realización de estas actividades en Línea, aquellas que involucran compra de bienes o contratación de servicios, dado que existen algunas dudas que pueden surgir en cualquier momento al realizar este tipo de contratación, entre usuarios de El Salvador con usuarios en el mundo entero; lo anterior, sin perder de vista que en dicho escenario se entiende como usuarios a personas naturales y Jurídicas, algunas de las posibles inquietudes de los usuarios podrían ser:

¿Cómo se puede saber si el contrato electrónico se ha realizado, y si el mismo se ha efectuado de forma segura?, ¿En qué medida los datos y

actividades en la red están protegidos de cualquier abuso o delito?, ¿Dónde se plasma el consentimiento al adquirir un bien o servicio a través de Internet?, imaginando el peor escenario nos preguntaríamos ¿Cómo puedo probar que he sido víctima de un delito, o si el legislador salvadoreño ha protegido este tipo de actos jurídicos? Y ¿Qué medio de prueba puedo utilizar en los procesos Civiles y Mercantiles en El Salvador para comprobar, este tipo de contratos electrónicos?

Conocidas estas posibles inquietudes respecto al tema en cuestión, se aborda una problemática mucho mayor de tipo socioeconómica y que surge especialmente en aquellas obligaciones contraídas de forma electrónica y que son de gran importancia en una sociedad modernizada. Es por eso que la presente investigación denominada “El medio de prueba de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de la información en los procesos civiles y mercantiles, en obligaciones contraídas de forma electrónica en El Salvador.”, tiene como objetivo fundamental, responder una de las interrogantes antes planteadas “¿Qué medio de prueba puedo utilizar en los procesos Civiles y Mercantiles en El Salvador para comprobar, este tipo de contratos electrónicos?”, aunque nuestra investigación delimita su alcance a nuestro país, la temática es la misma en razón de que cada país o Estado busca proteger a sus ciudadanos, por lo que, está obligado a crear y regular este tipo de contratos electrónicos mediante una ley especial, en la cual se valoran todos los posibles aspectos y situaciones concernientes a un nuevo modelo de contratación, la cual se realiza y perfecciona, a través del uso de un medio electrónico.

En el ámbito probatorio del proceso Civil y Mercantil, las tecnologías han sido un punto de reflexión y de inclusión en la norma jurídico procesal, por esa razón, en el Código Procesal Civil y Mercantil, se aborda el estudio de

medios tecnológicos específicamente, de medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de la información en obligaciones contraídas de forma electrónica, como medios de prueba legalmente válidos en referidos procesos jurídicos, por ello la problemática y objeto de estudio de esta investigación, se enmarca en la eficacia de los medios de prueba modernos o tecnológicos, que regula el Código Procesal Civil y Mercantil, en las relaciones jurídico-procesales en las que se discutan pretensiones, cuya materia de análisis este supeditada a la utilización de medios técnicos de captación del sonido, voz e imagen. Lo anterior constituye la base sobre la cual se delimita, justifica y se propone desarrollar dicha investigación, sin perder de vista las delimitaciones dentro de los cuales la investigación se configura, estableciendo con ello la eficacia de dichos medios de prueba que regula el Código Procesal Civil y Mercantil.

CAPITULO I

DE LA CONTRATACION Y DEL COMERCIO

El capítulo tiene como objetivo conocer los antecedentes históricos y la evolución del comercio, así como las diferentes formas de contratación las cuales fueron determinantes para establecer las bases del contrato electrónico. El capítulo contiene la evolución histórica del comercio y del contrato, pasando por su nacimiento en Roma, edad media, así como las diferentes corrientes de pensamiento que influenciaron su desarrollo hasta lo que ahora conocemos como las fuentes modernas de las obligaciones y su influencia en la contratación electrónica.

1.1 Antecedentes históricos de la contratación

Se establece como dato histórico que la contratación pudo organizarse del Pacta Sunt Servanda, es decir que lo pactado obliga. Por lo que puede afirmarse que es de este acontecimiento histórico que el derecho se consagra ya que surgen los comienzos de la obligación por medio del consentimiento. Es decir, ese acuerdo de voluntades tomadas entre dos o más personas que se ve concretizado por medio del contrato, con sus características y elementos, y los cuales se estudiarán en su momento¹.

En lo relacionado a las obligaciones, éstas en un principio fueron dinámicas, no se quedaron solamente en un decir, sino que se materializaba por diferentes medios como el Nexum, el cual se considera como forma antigua

¹ Sandra Lissette Saravia Alfaro, "La Seguridad Jurídica de los contratos en el comercio electrónico de El Salvador" (tesis para obtener el grado de Lic. En Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador, San Salvador, 2009), 7

de obligarse, la causa del nexum era principalmente el préstamo de dinero, bajo solemnidad requerida, siendo en este caso la declaración del acreedor, la cual contenía una *damnatío* era una condena y consistía en comprometer al obligado, que si no pagaba se sometía al *manus injectio*²; esto causó muchos abusos ya que se podía incluso encadenar y tratar como esclavo al deudor para pagarse. Posteriormente la Sponcio dio fuerza jurídica a los actos de las personas, y el cual consistía en una pregunta del acreedor seguida de la respuesta de su deudor con el verbo *Pondere* que no se sabe con certeza cuál era su significado, pero evidentemente evolucionó, en su forma de hacer valer la obligación que contenía el acuerdo.

1.1.1 Roma

En Roma surge el contrato, pero originalmente no fue una fuente genérica de obligaciones, ya que solo algunas figuras típicas del acuerdo de voluntades producían acción y era sancionado su incumplimiento.

El sistema contractual romano era una larga evolución histórica que del formalismo al consensualismo ve aparecer figuras como:

- a) *Contratos verbis*, que se perfeccionaban solo mediante determinadas frases verbales.
- b) *Contratos Litteris*, que se perfeccionaban mediante la inscripción de un registro de una deuda.

² Se puede asegurar que el *manus injectio* en aquella época era una especie de toma de cuerpo del acreedor hacia su deudor. Era la facultad que tenía el acreedor de aprehender a su deudor, confeso o juzgado, por otro lado, se considera que se deriva de la locución latina, que traducida a nuestro idioma se conoce "Toma de posesión", "acción de echar mano".

- c) *Contratos re*, los cuales se perfeccionaban mediante el consentimiento de las partes aunado a la entrega de una cosa, ejemplo de ello, el mutuo, comodato, depósito y la prenda, generalmente eran obligaciones solo para la parte que recibía la cosa, pero eventualmente podían surgir para otra parte.
- d) *Contratos consensuales*, que se perfeccionaban por el mero consentimiento de las partes, ejemplo la compraventa, arrendamiento, la sociedad y mandato.
- e) Contratos innominados, eran aquellos que no encuadraban dentro de una figura típica y que resultaban obligatorios cuando concurrían el consentimiento y la prestación de una de las partes.
- f) Pactos, que eran los acuerdos que no producían ningún efecto jurídico. Posteriormente para algunos de ellos se concedió acción para exigir su cumplimiento.

1.1.2 Edad media

En esta época³ principalmente se nota que no hay una novedad o aportación importante en la evolución del contrato, debido a las condiciones económicas precarias en que se desenvuelve, las guerras constantes, la escasez de comunicaciones y una cultura que se encierra en los monasterios, lo que

³ Según datos históricos la edad media, también denominados Medievo o medioevo, es el periodo histórico de la civilización occidental comprendido entre el siglo V y el siglo XI, su inicio está situado en el año 476 con la caída del imperio romano y su fin con el descubrimiento de América, en 1492.

impide que el derecho privado y su institución esencial, el contrato, puedan avanzar en forma notable por encima de la evolución del derecho romano.

En la Edad Media corresponde al pensamiento religioso. Las formas jurídicas contractuales, con la precariedad de una economía incipiente, la madurez del desarrollo del derecho de cosas que fuera contrapuesto a un derecho de obligaciones postergado que se amparaba en formas elementales.

De ahí que se sostiene que los germanos provocan, una regresión en el derecho. El contrato entre los germanos requería de una forma audible y visible, desarrollando así contratos como la promesa, en cuya época franca, la entrega de un documento era constitutivo de la deuda.

También la institución de la prenda, donde no había obligación de responder a cargo del dueño de la cosa: se trataba pues de una obligación real. Uno de los contratos sobresalientes en esta época es el contrato de feudo, el cual consistía en poner frente a frente a quien iba a servir y a quien deseaba ser jefe.

El vasallo ponía sus manos unidas entre las del señor, con lo que significaba sumisión. Los eclesiásticos juraban también la fe, pero no rendían homenaje, ya que este era considerado reprobable, por consistir en poner la mano que consagraba el cuerpo de Cristo en una mano sucia con sangre.

El surgimiento del derecho canónico se vale del derecho romano para regular aquellas relaciones que no habían previsto debidamente. Sus fines principales son la preservación de la unidad del culto y de la fe y la sanción,

herejía, por lo que el contrato no es tomado en cuenta como principal, sino supletoriamente.

1.1.3 La evolución del Derecho Civil en Europa

A partir del siglo XI, se desarrolla la época feudal, en el territorio francés, se expresa jurídicamente por medio del derecho romano y del derecho consuetudinario.

En Alemania, con la recepción del derecho romano, el *pandectismo* ocupa a los juristas hasta el siglo XVIII. Surge una corriente contraria al derecho romano, representada por las escuelas germanistas ius naturalistas.

Las costumbres francesas y el *pandectismo* alemán no tienen para el derecho la trascendencia que alcanzan las obras jurídicas españolas de la alta edad media, ya que, unificaba el variado corpus legislativo que se empleaba en el reino de castilla, que conjugaba desde el Derecho Romano hasta el Derecho consuetudinario todo en un intento de sistematización codificada.

El Fuero Juzgo que fue una de las primeras obras romano- española tuvo gran importancia en la creación de las posteriores obras trascendentales en el derecho. Las partidas, el Fuero Real, de gran influencia germana que recoge el derecho castellano. Las siete partidas deben su nombre al número de libros que la componen, de ahí que se destinan al Derecho Civil. Las partidas cuarta, quinta y sexta, marcan un rumbo distinto a sus precedentes inmediatos.

En primer término, ya se cita la palabra “contrato”, en segundo lugar, trata de los principales aspectos que podría ser actualmente la teoría general de los contratos, reconocen más el valor de la voluntad, más vigor en la regulación del consentimiento⁴.

La evolución del derecho en la Edad Media constituye el ambiente propicio para que surja, de ahí que en este periodo se derivan tres fenómenos principales que lo determinan:

- a) La investigación de las fuentes romanas
- b) El desarrollo del derecho se señala canónico
- c) El desarrollo del comercio.

El primer fenómeno, determina que el derecho romano, sea estudiado en un primer término, como materia de especulación por los glosadores y apoyo a nuevas doctrinas por los postglosadores. Logrando sin duda y legando trabajos extraordinarios sobre conflictos de leyes, sobre la validez de los pactos en Derecho Mercantil.

En la Baja Edad Media, surge el conflicto que con el tiempo se caracteriza al derecho francés anterior al Código Napoleónico, entre el derecho romano y el consuetudinario. Existe un paralelismo entre el desarrollo del contrato en el derecho romano y su desarrollo en la edad media.

El sistema verbal solemne; fue una época de transición en la que las necesidades económicas exigen el contrato real, y finalmente una tercera

⁴ Rafael Rojina Villegas, *Compendio de Derecho Civil Contratos* (Edit. Porrúa, México, 1959), Pag.5

etapa en la que el consensualismo empieza a imponerse para dar lugar a una forma de crear obligaciones y derechos.

1.1.4 La regularización del contrato en el Código Napoleónico

La materia de contratos queda incluida en el Libro Tercero de los contratos o de las obligaciones convencionales en general, específicamente a partir del artículo 101 del Código Napoleónico o Código Francés y que dice. “El contrato es un convenio por medio del cual una o diversas personas se obligan hacia otra o varias personas a dar, a hacer, o no hacer alguna cosa”.

El derecho, con ser un signo de progreso de los pueblos, no está tan habituado al menos en los países de derecho escrito, a una adaptación de las circunstancias del momento como lo pueden estar las reglas de la economía. El derecho francés pese a que conserva un sistema de servidumbres urbanas que obligó a la conservación de fachadas, con relación al contrato, la intervención del Estado es igualmente decisiva.

1.1.5 El derecho Italiano

En Italia, de acuerdo con el libro Derecho Romano el autor Padilla Sahagún⁵, manifiesta que se mantiene el principio de la autonomía de la voluntad, que consagraba su predecesor que a su vez es el Código Civil Francés. La libertad contractual tiene señalados límites tan diversos tales como la prohibición de incluir en un contrato cláusulas que limiten la responsabilidad patrimonial, en los casos de culpa o dolo. Por otra parte, que las partes

⁵ Gumesindo Padilla Sahagún, *Derecho Romano*, 4º ed. (Mc Graw Hill México, 2008), pág. 78

puedan determinar y concluir el contrato que no pertenezca a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal que vaya dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico. La libertad contractual tiene límites, como el primer término, los casos en que uno solo de los contratantes formula el contrato deba respetar las normas legales, imperativas las normas corporativas y las de la economía planificada.

1.1.6 México

En la evolución jurídica de México, puede marcarse una línea divisoria entre el sistema liberal, desde la independencia, y su influencia francesa, que tendría sus movimientos jurídicos en la Constitución. Tres son las instituciones que reflejan las nuevas tendencias del Código Civil de 1928, a saber: la propiedad, la responsabilidad y el contrato.

La regulación de este último como fuente general de las obligaciones, como acto jurídico típico que adopta dicho cuerpo legal en vigor para el Distrito ederal⁶, no difiere sino en detalles de escasa trascendencia, de la establecida en el Código Napoleónico, lo cual mantiene, por lo tanto, la orientación y generalmente el mismo texto anterior.

1.2 Definición

Por su parte el Art. 1309 C.C. define el contrato como una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

De la definición del artículo citado resultan 2 elementos para la figura del contrato:

⁶ Néstor Buen Lozano, *La decadencia del contrato*, 3° ed. (México: Porrúa 2000). Pag. 95

- a) La existencia necesaria e imprescindible de un acuerdo de voluntades. Por ende, carecen de naturaleza contractual aquellas figuras en que no hay pluralidad de voluntades, como, por ejemplo, un testamento;
- b) Provoca el nacimiento de derechos personales y obligaciones. Sin embargo, algunos autores entienden que pueden tener por efecto también la modificación y extinción de obligaciones.

Doctrinariamente se aplica un concepto amplio, por el cual se entiende que el contrato existe siempre que hay acuerdo de voluntades tendiente a producir efectos jurídicos, no importando cuáles ni en qué campo del derecho se verifican; por el contrario, existe un concepto restringido que postula que el contrato sólo sería creador de obligaciones, no actuaría ni modificándolas, ni extinguiéndolas, mientras que otra posición sostiene que el contrato tiene siempre un contenido patrimonial, los actos jurídicos tendientes a producir efectos jurídicos que no posean valor patrimonial (como por ejemplo en las relaciones de familia: adopción y matrimonio, quedan fuera del ámbito de los contratos).

Por otra parte, el contrato siempre es un negocio *inter vivos*, en oposición a los *mortis causa*, dado que produce sus efectos desde que se celebra.

Los contratos tienen una detallada regulación en el Código Civil, por ende, ante la ausencia de una regulación sistemática de los negocios jurídicos en general, las normas de aquéllos se aplican analógicamente a éstos, colmando sus lagunas⁷.

⁷ Mariana del Carmen González Piano et al., *Manual de Derecho Civil*, Universidad de la República de Uruguay, Departamento de publicaciones, (Unidad de Comunicación de la universidad de la República de Uruguay, 1827), pág. 315

1.3 Características

Conforme a lo expuesto, tomando como punto de partida la definición elaborada por el legislador en el Art. 1308 del Código Civil, y a la luz de las posiciones doctrinarias anteriormente señaladas, se considera pertinente el caracterizar el contrato como:

- a) Negocio jurídico: El cual se define como el acto jurídico por el que una o más personas regulan sus intereses estableciendo una determinada relación jurídica.
- b) Bilateral⁸: En cuanto a los sujetos que intervienen, no en cuanto a las obligaciones que surgen del mismo.
- c) Inter vivos: La cual debe entenderse que es una expresión latina que se utiliza para referirse a aquellos actos jurídicos que se producen entre personas vivas, en contraposición a los actos mortis causa.
- d) Consensual: Quedan concluidos por el mero consentimiento, sea o no formal.
- e) Generativo de derechos personales y obligaciones: Únicamente por el contrato no nacen derechos reales, sino que para que ello ocurra es preciso que se le sume la tradición como modo de adquirir.

1.4 Elementos

La doctrina ha distinguido los elementos del contrato en:

- a) Elementos esenciales. Los que define como aquellos sin los cuales el contrato no puede existir, entre ellos se encuentra el consentimiento, el objeto y la causa.

⁸ Se considera que un contrato posee la característica de bilateralidad cuando se engendran obligaciones recíprocas, es decir, para cada contratante, la una hacia la otra, como ocurre en la compraventa, la permuta.

- b) Elementos naturales: Son aquellos que por considerarse que son los más conformes con los intereses de las partes, la ley los inserta automáticamente en todo contrato, a falta de pacto expreso de los contratantes, como por ejemplo el saneamiento por vicios ocultos o las garantías en la compraventa, y la condición resolutoria tácita a que se refiere el Art. 1360 CC.
- c) Elementos accidentales: Son aquellos que pueden ser introducidos en el contrato por la voluntad de las partes, son elementos accidentales la condición, el término o plazo y el modo⁹, a diferencia de los elementos naturales, estos deben ser incluidos de forma expresa por los contratantes.

2. De las obligaciones

2.1 Antecedentes Históricos

2.1.1 Teoría antigua (Antecedentes Romanos)

Según algunos autores, el derecho romano primitivo, desconoció el concepto abstracto de obligación, así, en los primeros siglos en Roma, solo existió la noción del obligado, quien era la de un ciudadano *sui iuris*, quien en virtud de una *damnatio*, tenía que trabajar como esclavo en casa de otro, cargado de cadenas, de donde le vino el nombre de obligado (*obligatus*), es decir el derecho romano primitivo, ajeno a las elevadas concepciones doctrinarias, consideró que todos los derechos patrimoniales eran vínculos puramente materiales y concretos que, unas veces, recaían sobre una cosa utilizada por el titular, y otras, sobre la persona obligada, también reducida así a la

⁹ Estos elementos, condición plazo y modo, están regulados en el libro cuarto del título IV del Código Civil, a partir del Art. 1315 p. final.

categoría de cosa. Pero una lex del año 457, redimió al deudor de la esclavitud, la venta y la muerte, que todo esto era permitido antes en dicha ley,¹⁰ y así fue como se comenzó a formar el abstracto de obligación, para significar que esta ya no recae directa y concretamente sobre la persona del deudor, sino sobre su patrimonio.

2.1.2 Teoría moderna

Desde finales del siglo XIX, la teoría antigua, ha sido objeto de críticas severas que han dado lugar a la aparición de otras que a su vez tratan de explicar de diversas maneras la naturaleza de los derechos reales y de los derechos crediticios.

2.2 Definición

2.2.1 Origen etimológico

El término obligación proviene del latín *obligatio*, *obligare*, que significa amarrar, atar, vincular, ligar,¹¹ es decir que se debe considerar como el nacimiento de una relación jurídica entre dos o más personas, naturales o jurídicas, con la finalidad de sacar provecho de un acuerdo de voluntades, o también se debe considerar como un sometimiento del deudor hacia el acreedor, debido a un beneficio que este último le otorga.

¹⁰ Guillermo Ospina Fernández, *Régimen General de las Obligaciones*, 7ª ed. (Bogotá: Teris, S.A, 2001), pág., 9

¹¹ Luis Vásquez López., *Estudio sobre la teoría general de las obligaciones en la legislación civil de El Salvador*, (edit. Quintanilla, tomo III, 2da. impresión, agosto 1982), pág. 16,

2.2.2 Definición

Los romanos dieron una definición de las obligaciones, la cual permanece válida hasta hoy: “obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvenda rei” la cual se traduce que “la obligación es un vínculo de derecho que nos constriñe a una prestación frente a otro”.

El concepto abstracto de la obligación, que ya se encuentra claramente perfilado y debe entenderse que es el de un vínculo jurídico, en virtud del cual una persona llamada deudor, tiene la necesidad respecto de otra llamada acreedor, de ejecutar una prestación, con el ítem más de que, a partir del Edicto Rutiliano, si bien se conservó la posesión privada por deudas y la obligación para el deudor de trabajar en provecho del acreedor, ya se hizo también efectiva la responsabilidad de dicho deudor sobre su patrimonio.

Luis Claro Solar, en su libro “De las Obligaciones” cita a Justiniano, quien expresa lo que debe entenderse por obligación, expresando que es “un vínculo jurídico, en virtud del cual una persona se encuentra en la necesidad de procurar a otra persona el beneficio de un hecho o de una abstención determinada y susceptible generalmente de estimación pecuniaria”. Para Alessandri y Somarriva¹², las obligaciones, son el vínculo jurídico establecido entre dos o más personas, en virtud del cual una de ellas, el deudor se encuentra en el deber de realizar en provecho de la otra y el acreedor en prestación, al acreedor corresponde el crédito y al deudor débito.

¹² Arturo Alessandri Rodríguez et al., *Curso de derecho Civil, Tomo III, de las obligaciones en general*, edit. Nascimento, (Santiago, Chile 1961), pág. 7

El concepto de obligación, puede tener diversas definiciones; sin embargo, dentro del ámbito jurídico, Guillermo Cabanellas de Torres, en su *Diccionario Jurídico Elemental*¹³ señala que derecho y obligación, términos a la vez antitéticos y complementarios, resumen en sí todas las relaciones y aspectos jurídicos; de ahí la complejidad de su concepto, por lo cual, emite un concepto más preciso sobre obligación y dice sobre ésta, que es el vínculo de derecho por el cual una persona es constreñida hacia otra a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa. Por otra parte, desde el punto de vista iusfilosófico se denomina obligación al deber jurídico, normativamente establecido, de realizar u omitir determinado acto y a cuyo incumplimiento por parte del obligado, es imputada, como consecuencia, una sanción coactiva, es decir, un castigo traducible en un acto de fuerza física organizada.

2.3 Características

- a) Es un vínculo: Porque liga la persona del deudor a la del acreedor, limitando la libertad de aquella en provecho de esta y precisamente el termino obligatorio, usado por los romanos y responde a la idea de que el deudor se haya ligado al acreedor¹⁴.
- b) Este vínculo es jurídico: caracterizado por la necesidad, que no permite a quien se halla sujeto a ella eludirla arbitrariamente.

El deber moral se diferencia de las obligaciones premisamente porque carece de sanción legal, la moral ordena socorrer a los menesterosos, pero si esto no se hace, nadie podrá constreñir al que no cumpla el

¹³ Guillermo Cabanellas de Torres. *Diccionario Jurídico Elemental, nueva ed. corregida y aumentada*, (Argentina: Heliasta, S.R.L, 1993).

¹⁴ *Ibíd.* 11

dictado a que lo haga, por ello la carencia de sanción hace que la moral se cumpla arbitrariamente según la conciencia y convicciones de cada uno.

- c) El vínculo obligacional: Es entre personas determinadas, en el sentido que liga la persona del deudor a la del acreedor, limitando la libertad de aquella en provecho de esta última a partir de lo convenido entre sí; por el contrario, en el derecho real el sujeto pasivo no se encuentra determinado, ya que, la obligación recae respecto de una cosa, no de una persona determinada.
- d) La obligación coloca a una persona en una situación determinada, para que realice un acto positivo o negativo a favor de otra. Estos actos pueden constituir en una prestación que puede ser de dar, hacer o no hacer.

2.3.1 Fuentes de las obligaciones

2.3.2 Fuentes tradicionales

En Roma, en la época clásica solo existían dos fuentes: el contrato y el delito, y con posteridad, se creó un tercer rubro: la de las obligaciones nacidas de otras figuras como la causa, o sea obligaciones que nacen de otros hechos, fue aquí en donde se ubican las obligaciones que no nacieron de un contrato, pero si de un hecho lícito y así se concibió el cuasi-contrato, y las obligaciones que emanaban de un hecho ilícito y fue el cuasi-delito, hoy reconocido por la ley.

Según la legislación salvadoreña, en el Art. 1308 Código Civil, establece de donde surgen las obligaciones, determinando dicho cuerpo legal que las obligaciones nacen de los “contratos, cuasicontratos, delitos o cuasidelitos,

faltas y de la ley”. A continuación, se definirá en qué consiste cada una de las fuentes de las obligaciones expresadas anteriormente.

- a) Contrato: El autor Luis Vásquez López, en el libro “Teoría General de las Obligaciones¹⁵” define al contrato como aquél acuerdo de voluntades de dos o más personas que tienen por objeto crear obligaciones, si la convención genera obligaciones recibe el nombre específico de contrato. El contrato implica la convención destinada a producir obligaciones.
- b) Cuasicontratos: La palabra cuasicontrato, designa a aquellas obligaciones que no nacen propiamente de un contrato, sino que, no tomando su fundamento en un delito, parecen nacer como de un contrato.
- c) El fundamento legal de esta figura se encuentra en el Art. 2035 C.C. el cual expresa que las obligaciones que se contraen sin convención nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.
- d) Delitos o cuasidelitos: Respecto a esta fuente de obligación, si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito o una falta, por tanto, el que ha cometido un delito, cuasidelito o falta, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el hecho cometido, esto según lo expresado en el Art. 2065 C.C.
- e) Faltas: Las cuales se hace mención para efecto de señalar cada una de las fuentes de las obligaciones, ya que esta se utiliza sobre todo en

¹⁵ Ibíd., 21

materia penal; se considera como un acto ilícito, cometido con intención de dañar, cuya sanción es menor a la de un delito.

- f) Ley: Según nuestra legislación, en el Código Civil existe una definición legal de lo que se debe entender por ley, y en su Art. 1 definiéndola como *“una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”*.

Fuentes modernas de las obligaciones. Las teorías modernas expuestas o defendidas por su calificación señalan como fuente:¹⁶

- a) el acto jurídico.
- b) el acto ilícito.
- c) el enriquecimiento sin causa.
- d) la ley.

Otras teorías incluyen también el hecho jurídico. En este sentido, el colombiano Álvaro Pérez Vives¹⁷, señala en su libro *Teoría General de las Obligaciones*, como fuentes modernas de las obligaciones, el acto jurídico, el enriquecimiento sin causa, la responsabilidad civil, precontractual, contractual, post-contractual y extracontractual, delictual y cuasi delictual y la ley. Algunos códigos incluyen como fuente de obligación la declaración unilateral de voluntad.

El acto jurídico: Es aquella manifestación de voluntad o de voluntades que tiene por objeto producir efectos jurídicos que pueden consistir en crear,

¹⁶ *Ibíd.* 30

¹⁷ Álvaro Pérez Vives, *Teoría General de las Obligaciones*, Parte Primera de las fuentes de las obligaciones, (edit. I Temis, Bogotá Colombia, 1998), pág. 178.

modificar, o extinguir derechos u obligaciones. En su acepción general se dividen en:

a) Actos jurídicos de carácter patrimonial: los cuales se dividen a su vez en unilaterales, que son aquellos que se forman con la intervención de una sola voluntad, ejemplo, el testamento, aceptación o repudiación de herencia y bilaterales, que son aquellos que se forman mediante el concurso de dos o más voluntades, ejemplo típico es el contrato, que es el acto jurídico bilateral por antonomasia.

b) Actos jurídicos de carácter no patrimonial o de derecho de familia: Ejemplo de derecho no patrimonial unilateral, el reconocimiento de hijo, la legitimación y la adopción. Ejemplo de derecho no patrimonial de carácter bilateral: el matrimonio. En los actos jurídicos se encuentran determinados elementos los cuales son:

1. Elementos esenciales: Son aquellos que sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente son necesarios para que se perfeccione el acto que se trata, como el consentimiento, el objeto, causa y las formalidades o solemnidades propiamente dichas. Si la ley dice que el acto no produce efecto alguno quiere decir que no existe como acto jurídico alguno, es el equivalente a la nada jurídica.

2. Elementos naturales: Son aquellos que, no siendo esenciales en él, se entiende pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial, los produce de manera normal o natural el acto jurídico celebrado. Se subentienden en el acto jurídico sin necesidad de estipularlos. Ejemplo; en el contrato de compraventa una vez se ha perfeccionado, lo normal es que produzca obligaciones para ambas partes.

3. Elementos de carácter accidental: Son aquellos que, ni esencialmente, ni naturalmente pertenecen al acto jurídico y solo por medio de pactos o cláusulas se encuentran dentro del acto jurídico, pueden ser varias formas según la intención de las partes.

Responsabilidad civil contractual: Constituye una fuente de las obligaciones distinta del acto jurídico, Los Mazeaud, señala el autor Luis Vásquez López¹⁸, dicen que las obligaciones que nacen del acto jurídico se diferencian nítidamente de la que generan el incumplimiento de aquella. La obligación contractual, la que tiene por objeto la obligación pactada, nace del acto jurídico respectivo, en cambio la obligación jurídica de indemnizar surge de otro hecho, del incumplimiento que genera responsabilidad civil contractual, la cual es fuente de la obligación de indemnizar. Debe existir contrato para poder hablar de responsabilidad contractual, es necesario entonces que exista un vínculo anterior; el vínculo preexistente, la fuente de reparar no es el acto jurídico que da nacimiento a la obligación primitiva, si no al incumplimiento mismo que esté asociado por supuesto al dolo o culpa. El estudio de la responsabilidad contractual comprende el análisis del concepto culpa contractual, daño contractual y de nexo de causalidad, entre aquella y este.

El enriquecimiento sin causa: Los romanos lo conocieron, aunque en forma restringida y confusa, aplicaron el principio que prohíbe enriquecerse sin causa a expensas de un tercero. Básicamente, el enriquecimiento sin causa; consiste en el aumento de un patrimonio con el empobrecimiento del ajeno y sin amparo en las normas legales ni en los convenios o actos privados.

¹⁸ Ibíd. 32

Está considerado como fuente de obligaciones civiles y es importante su estudio, porque es susceptible de mucha aplicación en la práctica del derecho, el cual presenta numerosos casos que no tienen una cabida estricta dentro de las fuentes de las obligaciones, en la forma precisa que las clasifica el Código Civil. La tendencia moderna es considerar el enriquecimiento sin causa a expensas de otro como fuente especial de obligaciones, tal como a su vez lo hace el Código Alemán, así como en el artículo 62 del Código Federal Suizo que expresa lo siguiente:

“El que sin causa legítima, se enriquece a expensas de otro, está obligado a restituir tres requisitos que son: 1) Que exista un enriquecimiento efectivo de la persona obligada a la devolución, 2) Que este enriquecimiento sea a expensas de otra persona, que ha sufrido la correspondiente disminución de su patrimonio y 3) Que este enriquecimiento conozca de causa legítima”.

Como ejemplo clásico de enriquecimiento sin causa se tiene: a) *Conditio indebiti*: Cuando una persona paga por error lo que no debe, es justo que el que ha cobrado no se enriquezca a su costa y está obligado a regresar lo que ha sido pagado¹⁹. b) *Conditio sine causa*: El principio de equidad que había hecho sancionar al inicio la obligación del pago de lo no debido, recibió otras aplicaciones y en la época clásica a menudo se admitió la existencia de una obligación nacida cuasicontrato, a causa de la persona que se ha enriquecido sin causa a expensas de otro; tal *conditio sine causa* que se da en gran número de casos, en que ha tenido efecto una prestación sin causa o por una causa que ulteriormente a dejado de existir. c) *Integrum restitutio*: el cual se refería cuando una persona era lesionada por el cumplimiento de un acto jurídico o la aplicación de un acto jurídico o la aplicación de un principio de derecho civil y el resultado era contrario a la equidad, se le daba

¹⁹ Ibíd. 33

este nombre a la decisión del juez, en virtud de la cual el *pretor*, teniendo por no producida la cusa del perjuicio, anulaba los efectos y reponía las cosas al estado en que estaban antes. d) *La actio in rem verso*: En derecho Romano el jefe de familia adquiere de pleno derecho los créditos de las personas colocadas bajo su potestad, lo que no sucede igual con las deudas.

El abuso del derecho: El cual se define como el acto realizado, usando un derecho objetivamente legal, dirigido a causar daño a un interés no protegido especialmente por el ordenamiento jurídico y cuya inmoralidad o antisocialidad se manifiesta, objetiva o subjetivamente, según la adecuación del móvil con el espíritu de la institución. Los elementos del abuso del derecho, so: uso de un derecho, objetiva o extremadamente legal, por otro lado, el perjuicio a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica y por último la Inmoralidad o antisocialidad de ese perjuicio malévolo o sencillo sin un fin serio o legítimo o bajo forma objetiva cuando el daño proviene de anormalidad del ejercicio del derecho.

El perjuicio debe ser efectivamente causado o inminente de efectuarse, de tal manera que la doctrina del abuso del derecho adquiere un carácter sancionador al consumarse en el resultado y también preventivo cuando el ejercicio de un derecho aún no ha agotado la finalidad inmoral o antisocial. Respecto a esta sanción a que se hace acreedor quien ejercita abusivamente un derecho, no se ha elaborado un criterio general y uniforme al respecto.

La mayoría de las legislaciones que consigan dicha teoría se limitan a prohibir tal clase de actos, en consecuencia, la sanción correspondiente es la nulidad del acto. Sin embargo, se puede decir que, al sancionar el abuso de los derechos ha establecido generalmente la indemnización de daños y perjuicios y a veces la cesación del acto abusivo o la reparación y restitución si esto es todavía posible.

Para esta forma de análisis, un primer paso lo constituye el reconocimiento de que la doctrina del abuso del derecho no está prohibida absolutamente por la Legislación Salvadoreña. En seguida se debe de afirmar que, lejos de existir en nuestro ordenamiento jurídico precepto alguno que impida la aceptación del principio prohibitivo del abuso de los derechos no es ilimitada o que, con análogos alcances, recogen el principio de la buena fe como criterio general que ha de prescindir la actuación de las relaciones jurídicas.

Pero todo ello no es suficiente, es indispensable encontrar preceptos jurídicos que proporcionen la base legal donde encuentre algún asidero concreto la teoría del abuso del derecho, en cuanto a institución de alcances más o menos generales. En ese sentido, es de notar particularmente que el artículo 2080 del Código Civil al establecer el principio fundamental de que, por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparada por esta, sin precisar de modo estricto que esa acción u omisión sea contraria a la ley o extraña a la esfera del derecho objetivo, permite admitir con una interpretación amplia, que pueda alcanzar esta responsabilidad a las acciones u omisiones realizadas en el ejercicio abusivo de los derechos, además de los actos delictivos y cuasi delictivos civiles.

Declaración unilateral de voluntad: La doctrina desde a mediados del siglo pasado, ha venido investigando una nueva fuente de obligaciones: La declaración unilateral de la voluntad, mediante la cual, se trata de saber si una persona puede resultar obligada por su propia voluntad de obligarse, sin necesidad que intervenga aún la voluntad de la persona en cuyo beneficio se contrae la obligación.

La aceptación del beneficiario será indispensable para que nazca su derecho de crédito, porque a nadie es posible imponer un derecho contra su voluntad, pero no sería menester para la formación de la obligación²⁰.

La doctrina de la declaración unilateral de voluntad tiende a explicar la fuente de ciertas obligaciones que no son, notoriamente el resultado del concierto de voluntades. Encuentra la aplicación en la oferta en el artículo 969 del Código de Comercio, por el cual la sola oferta liga a su autor y le obliga a esperar una contestación.

En cuanto a las ofertas dirigidas a personas indeterminadas; parecen desprenderse del artículo 14.2 de la Convención de Viena de 1980²¹. Así lo ha reconocido, por lo demás, la doctrina comparada. En esta última ha sido frecuente considerar que las ofertas dirigidas a persona indeterminada "no obligan verdaderamente al que las hace".

No obstante, estas autorizadas opiniones, existen buenas razones para avanzar con cautela e intentar evitar las generalizaciones. Del hecho que una proposición de celebrar un contrato se dirija al público no se sigue, necesariamente, que no se trate de una oferta contractual. Así, por ejemplo, el artículo 14.2 de la Convención de Viena la cual fue ratificada por la república de El Salvador en el año de 1999²² y dispone que una oferta

²⁰ Ibíd. 37

²¹ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, (Viena 1980).

²² Decreto legislativo 759, El Salvador se adhirió por medio del Acuerdo Ejecutivo No. 553 de fecha 2 de junio del corriente año a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena, el 11 de abril de 1980, la cual consta de Un Preámbulo y Ciento Un Artículos, publicado en el Diario Oficial No 239, Tomo 345, del 22 de diciembre de 1999. Se ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, con fecha de Adhesión: 2 de junio de 1999, y publicado en el Diario Oficial N° 32, Tomo 346, del 15 de febrero de 2000.

indeterminada "será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario". Una posición relativamente similar, aunque menos estricta.

Lo relevante, entonces, no es el hecho de que la proposición se dirija a persona indeterminada, sino más bien que dicha proposición evidencie la intención del proponente de contratar con quien acepte.

En un caso como el que origina las cuestiones a que se encuentran dedicadas estas páginas, la idea de que las ofertas dirigidas al público involucran una reserva tácita debe desecharse. Por una parte, en general, la forma en que se propone el contrato al público crea, en principio, la apariencia de una oferta de contrato de compraventa, no de una simple invitación a formular ofertas. Permiten concluir que existe respecto del proveedor una presunción de seriedad de sus ofertas, en el sentido que el hecho de poner a disposición del público bienes o servicios relativos a su giro comercial implica *per se* intención de obligarse en caso de aceptación.

Un caso como el que se está examinando aquí comprende una proposición de celebrar un contrato, dirigida a persona indeterminada. Como acaba de quedar dicho, de esta circunstancia no es posible desprender, necesariamente, la existencia de una reserva tácita. No obstante, lo anterior, aunque no sea posible defender la presencia de una reserva tácita, es posible advertir que existió una reserva expresa que, en definitiva, determinó que el contrato de compraventa no llegara a perfeccionarse.

El autor colombiano Arturo Valencia Cea²³, dice que en general, las mismas reglas que se aplican sobre contratos sirven para las obligaciones que emanan del negocio jurídico unilateral. La voluntad unilateral debe emanar de persona capaz, no adolecer de vicios, tener un contenido lícito y determinado.

Teoría de la responsabilidad civil: Esta se fundamenta ante todo en que la persona tiene que responder reparando los daños que por su actividad u omisión origina a otro. El daño que se causa engendra una relación jurídica que da por consecuencia la responsabilidad civil, resultando casi siempre, una obligación de reparación, la cual puede surgir de varias fuentes.

Existe una responsabilidad contractual, legal y extracontractual. Puede violarse un derecho o causarse un daño a otro de dos maneras cuando no se cumpla la obligación correlativa que a favor de otros se ha contraído en virtud de un contrato, la cual se llama culpa contractual, o bien cuando fuera de toda relación jurídica anterior, sin ningún vínculo preexistente, se viola un derecho que otro tiene, amparado por la ley y esta es la culpa extracontractual, que los Romanos llamaban *Culpa Aquiliana*. En el primer caso, existe un vínculo jurídico previamente establecido, entre un acreedor y un deudor determinado; mientras en el segundo caso, el acreedor se determina solo al producirse el hecho ilícito que causa el perjuicio.

Existen dos teorías para fundamentar la responsabilidad civil: 1) La que funda su responsabilidad en un factor psicológico, dolo y culpa, y que origina

²³ Ibíd. pág. 85

la responsabilidad subjetiva²⁴. 2) La que se funda en los hechos imputables a las personas, sin examinar si ha sido culposo o no, esta origina la teoría de la responsabilidad objetiva²⁵.

Responsabilidad civil precontractual: Hasta la fecha es muy discutible el hecho de referirse a esta clase de responsabilidad emanada del incumplimiento de las actividades previas a la ejecución y perfeccionamiento de un contrato, sin embargo, en la práctica se dan muchas situaciones que engendran o podrían engendrar esta, lo cual es posible porque siendo el derecho civil una materia común en ciertos aspectos, con los preceptos de otras ramas del derecho, se acopla la responsabilidad precontractual a sus contratos o negociaciones. Fundamentos para la responsabilidad en el caso de contratos nulos: En ciertas ocasiones cuando los contratos que resultan nulos por causales, derivadas de un vicio del consentimiento y en los cuales en determinados casos se establece el deber de resarcir los daños causados²⁶. Al respecto vale decir que el Código Civil no resuelve expresamente la situación de los casos en que se responde por el contrato

²⁴ Una persona responde del daño o perjuicio causado a otra, cuando hubiere mediado una intención positiva de causarlo o hubiere actuado con negligencia o imprudencia.

²⁵ Planiol explica que dicha responsabilidad consiste en eliminar la idea de la culpa en aquella, admitiéndose que todo riesgo creado debe ser cargado de la actividad que lo origina. La doctrina objetiva o del riesgo tiene sus orígenes en algunos partidarios de la escuela del derecho natural durante el siglo XVIII, en particular Thomasius y Heinnecius, quienes enseñaron que el autor de un daño es responsable, sin tener en cuenta la culpa con la que lo haya cometido. La doctrina subjetiva nace a la vida jurídica, como reacción contra la posición imperante de la responsabilidad, en la cual toda persona respondía de su actuación u omisión, sin analizar las circunstancias que rodeaban el hecho perjudicial, o sea no importaba que fuere sin culpa o dolo, esta reacción se fundamentó y cambió paralelamente a la influencia moral y cristiana de los griegos. Los elementos de la teoría subjetiva son los siguientes: Una conducta humana, Que el autor del daño haya obrado con culpa o dolo Un daño o perjuicio, Un nexo causal entre daño y culpa.

²⁶ Ibíd. 55

nulo, en vista de ello tenemos que ubicar la responsabilidad extracontractual delictual o extra delictual.

En cuanto a las obligaciones naturales, es notable la situación, que, si no dan acción para ejecución, mucho menos le dará para la reparación. Responsabilidad civil post-contractual: Las partes pueden incurrir en una responsabilidad posterior a cuando el contrato se ha cumplido y no pueden surgir cuestiones de ninguna naturaleza relacionada con la responsabilidad contractual. Como sería con el siguiente ejemplo que se tomó del Dr. Miranda, en donde un técnico obtiene datos confidenciales en una fábrica que ha prestado servicios; no obstante que el contrato terminó, dicho técnico no puede, sin incurrir en responsabilidad, divulgar los secretos, los procedimientos de que es conocedor, ello debido a la relación contractual contraída, o entra al servicio de un competidor directo de su anterior patrono. Se debe tomar en cuenta para aplicar en forma correcta la responsabilidad postcontractual primeramente el principio constitucional de que toda persona es libre de desarrollar las actividades lícitas, que considere adecuados según su conveniencia.

2.4 Elementos

La relación o vínculo de obligación supone dos elementos principales constituido cada uno de ellos por una o varias personas que es un subjetivo y un elemento real u objetivo.

2.4.1 Elemento personal

Es el sujeto activo llamado acreedor o acreedor, así como el sujeto pasivo llamado deudor o deudores, según el número de interés involucrado. El acreedor es la persona del derecho personal, la que está facultada para exigir y el deudor es la persona que se encuentra en la necesidad jurídica de realizar una prestación²⁷.

Tanto el acreedor como el deudor deben ser determinados, pero no es preciso que lo estén en el acto constitutivo de obligación, siendo indispensable que pueden ser determinados de alguna manera, porque una obligación cuyo sujeto activo o pasivo no pudiera ser determinado, no sería obligación, ya que solo entre personas específicas puede darse un vínculo obligatorio. Además, se encuentran instituciones jurídicas como la promesa de recompensa a persona indeterminada que se determina por la realización de un cierto acto, sin importar quien lo realice. En tal sentido, la indeterminación del sujeto pasivo es menos frecuente, pero también existen en el derecho actual algunas raras situaciones.

La prestación: Es el objeto de la obligación y constituye, por una parte, el fin de la misma, por la ventaja que el acreedor se promete de ella y por otra la limitación ingesta al deudor, por el deber que alcanza este de hacer o no hacer algo. La prestación puede ser un hecho positivo, cuando el deudor se obliga a dar o hacer una cosa, o, por el contrario, puede ser un hecho

²⁷ Ibíd. pág. 9

negativo, cuando se obliga a no hacer algo. Para que la obligación llegue a existir jurídicamente la prestación debe reunir determinados caracteres:

- a) Debe ser posible;
- b) Lícita o como dicen otros, jurídicamente posible; y
- c) Deber ser determinada o por lo menos determinable según criterios o elementos preestablecidos.

3. Del comercio

3.1 Generalidades

3.1.1 Origen del comercio

El comercio, viene de la mano con el nacimiento y desarrollo del Derecho Mercantil por lo cual haciendo una breve reseña histórica²⁸ entre los principales países donde surgió el comercio y el Derecho Mercantil, se encuentra Egipto, en donde el comercio fue independiente y local, y además el mercader favorecía al artesano llevándose su exceso de producción a la próxima ciudad, debido a que era fácil transitar por los valles, lo que permitió con ello el desarrollo de los mercados donde afluían las caravanas; posteriormente, el comercio tiene sus antecedentes en la India, en donde se dividía en castas y sub castas, dentro de cuales estaban los mercaderes, los cuales tenían el derecho de limitar o prohibir la explotación y gravarla, teniendo plazas de depósito en las ciudades donde existían los más notables templos, en tal sentido, el comercio de Egipto, se trasladó a la India por razón de la exportación y abundancia del oro, piedras preciosas, perlas acero y

²⁸ Oscar Vásquez Del Mercado, *Contratos Mercantiles Internacionales*, 2ª ed. (México: Porrúa, 2011), pág. 10

otros productos que en oriente escaseaban, además gozaban de una gran red de caminos que constituían vías de comunicación de gran importancia. Además, existen otros agentes sociales, en donde el comercio tiene su historia, dentro de los cuales se identifican principalmente:

- a) La Iglesia: La cual consideró que los capitales eran susceptibles de producir provechos legítimos, si se reunían determinadas condiciones, de ahí, cuando los capitales están sujetos a un riesgo, el derecho canónico admitía una remuneración correspondiente a los riesgos corridos.
- b) Las Cruzadas: Abrieron las vías de comunicación con el oriente y en general, expandieron el comercio por toda Europa, desarrollándose en gran escala ya que era necesario asegurar a los ejércitos que marchaban hacia el oriente, medios de subsistencia, tanto personales como militares, por lo que se estableció una corriente comercial entre los cristianos de tierra santa y los de occidente, para financiar dichas cruzadas, además, se crearon bancos los que desarrollaron grandes operaciones financieras, surgiendo de esta manera reglas mercantiles.
- c) Las Ferias: La comunicación por tierra era sumamente difícil, y con muchos riesgos lo que orilló a los comerciantes a agruparse para trasladarse de un lugar a otro, en lugares remotos y fechas previamente convenidas en las cuales dieron inicio las ferias, en donde se reunían grandes comerciantes para la comercialización de diversas mercaderías y se les procuraba la debida protección. Sin embargo, la historia del derecho mercantil está vinculada con el comercio, y este, propiamente aparece sobre la tierra con el hombre mismo. Por lo tanto, se debe hacer una división de tres etapas: Edad Antigua, Edad Media, Edad Moderna o contemporánea.

d) Edad Antigua: Algunos de los pueblos que se distinguieron en la antigüedad como pueblos comerciantes, ya fuera por su situación geográfica o por su fuerza conquistadora, fueron los siguientes: caldeos, fenicios, griegos, asirios, chinos, persas, hebreos, indios, árabes, romanos, entre otros.

Así, a modo de ejemplo, el pueblo persa fomentó el comercio asiático al aumentar las seguridades de las comunicaciones y establecer ciertos mercados regulares, a su vez, los fenicios dieron nacimiento a las modalidades sociales de los puertos y las factorías, así como la regularización del comercio por medio de tratados; es el antecedente más remoto de los tratados de reciprocidad internacional en la época actual.

Mientras tanto el pueblo griego generalizó el uso de la moneda acuñada, también se debe a ellos la Ley de Rodia, que reglamentaba el reparto de las pérdidas ante un siniestro proporcionalmente entre los interesados. Roma por su lado, no reconoció un derecho mercantil como rama distinta y separada del tronco único del derecho privado, dada la actividad del prestor, además de los mercados y de las ferias como instituciones que perduran hasta nuestros días y que se detallan a continuación:

1. *Actio institoria*: Que era por la que se podía reclamar al dueño de una negociación mercantil el cumplimiento de las obligaciones contraídas por su administrador o representante.
2. *Actio excercitoria*: La cual era la acción dada contra el dueño de un buque por las obligaciones adquiridas por su capitán,

3. *Nauticum foenus*: El cual corresponde actualmente al préstamo marítimo, que se caracteriza por que una persona presta a otra cierta cantidad sobre objetos expuestos a riesgos marítimos, bajo condiciones de que si estos objetos perecen, perderá el dador la suma prestada, y si llegase a buen puerto, deberá serle devuelta mas premio estipulado.

e) Edad media: En el siglo V de la era cristiana, las invasiones barbaras rompieron la unidad política romana, dando nacimiento a los Estados: germánico, en las Galias Ostrogodo en Italia, y Anglosajón en la Gran Bretaña, los cuales orientaron al comercio en forma particular, debido en gran parte al régimen político que caracterizó dicho estado del tiempo, siendo, lo más característico en esta época referente al comercio: el estancamiento en los primeros cinco siglos, las dificultades y peligros constantes para el comercio por la piratería y el pillaje, el enclaustramiento de la vida económica dentro de la villa o el feudo, además se creó la institución del mercado, como institución pública.

Para realizar las transacciones comerciales, en el siglo XI se dio gran impulso al comercio y la industria, por lo que se afirmó el establecimiento de los gremios comerciales mediante la creación de la institución de los cónsules y más tarde los estatutos de organizaciones comerciales.

En el mismo siglo XI aparece el derecho mercantil italiano, pero no fue sino hasta los siglos XII y XIII, con la introducción de la brújula y la navegación, que sirven de gran auge comercial.

Antes el comercio en Oriente estuvo en manos de judíos y árabes, aunque fueron las cruzadas, el motivo del auge del comercio italiano, en esta época se destacaron las ciudades de Génova, Venecia y Florencia, llevando su

comercio hasta los países nórdicos, escandinavos y germánicos, pero especialmente, en el mediterráneo gracias a su relación con España y Francia.

- f) Edad moderna o contemporánea: A partir del siglo XV renace el comercio con las rutas abiertas a la navegación y se inicia, en forma franca una corriente de legislación mercantil.

Fue hasta el siglo XIX cuando el derecho mercantil se codificó en toda Europa, así el Código de Comercio de Napoleón se extendió a todos los países conquistados por él, en España con el Código de 1829, en Italia con el Código Albertino 1829, 1865, 1882, derogado por el vigente Código Civil de 1942, en Alemania el Código de Comercio de 1861, seguido por el actual de 1900, en Suiza el Código de las obligaciones de 1881, 1911 que regula conjuntamente las materias civiles y mercantiles.

3.1.2 Definición

En su acepción económica, señala Francisco Ignacio Quevedo Coronado²⁹, el comercio consiste en una actividad de mediación o interposición entre productores y consumidores con el propósito de lucro. De ello se desprende la necesidad de una persona especialista en esta tarea de comercio a la que se le conoce como comerciante, y que, económicamente, se define como la persona que practica de manera profesional la actividad de interposición o mediación entre productores y consumidores.

²⁹ Francisco Ignacio Quevedo Coronado, *derecho mercantil*, 3ª ed. (Pearson Educación México, 2008), pag.3

3.1.3 Acto de comercio

El acto de comercio, se define como el acto jurídico realizado por persona física o moral, sea comerciante o no, que produzca efectos en el campo del derecho mercantil, tal definición varía de la que regula el Código de Comercio de nuestro país, en cuyo Art 3 expresa que “son actos de comercio los que tengan por objeto la organización, transformación o disolución de empresas comerciales o industriales y los actos realizados en masa por estas mismas empresas, los que recaigan sobre cosas mercantiles, y además de los indicados, se consideran actos de comercio los que sean análogos a los anteriores”.

3.1.4 Definición mercantil

Históricamente el derecho mercantil, aparece con posterioridad al Derecho Civil, las legislaciones más antiguas contenían la regulación de las materias mercantiles mezcladas, con las civiles, así el Derecho Romano, que constituye la raíz del Derecho Privado Moderno, no hizo la distinción entre el derecho civil y mercantil³⁰. Se tienen relaciones muy antiguas de tipo mercantil, conocidas como las actividades mercantiles de los fenicios y de los griegos, además de los romanos, pero fue hasta en la edad media, que aparece la diferenciación, surgió de las disposiciones tomadas en las ciudades-estados italianas, flamencas y alemanas y en algunos otros lugares, como el antiguo condado de Barcelona que fue la base del Estado Aragonés, el Derecho Mercantil de esa lejana época surge como un derecho

³⁰ Roberto Lara Velado, Introducción al Estudio del Derecho Mercantil, (El Salvador: Universidad de El Salvador, 1972), pág. 9

esencialmente subjetivo; era el derecho de los comerciantes, es decir que era el conjunto de normas que se aplicaba a las personas que se dedicaban al comercio; pues tenía un marcado sabor gremial, lo cual con la evolución histórica del Occidente, el Derecho Mercantil, fue adquiriendo una contextura distinta, dejando de ser el derecho de los comerciantes ,para ser el derecho de los actos mercantiles.

3.2 Sujetos

3.2.1 El comerciante

Quevedo Coronado define al comerciante³¹ como la persona que, buscando lucro, realiza actos de comercio haciendo de ello su profesión habitual, su *modus vivendi*, se le llama comerciante, en general, a toda persona que hace profesión de la compra o venta de mercancías, se le llama comerciante en particular, al que compra y hace fabricar mercaderías para vender al por mayor o al menudeo. Por otra parte, el autor Lara Velado³², manifiesta que el comerciante es el principal sujeto del Derecho Mercantil, aunque no el único. La teoría clásica subjetiva, lo consideró como el hombre que hacía del comercio su profesión habitual, no obstante, se abandonó esa idea, expresando que el comercio puede constituir la ocupación de una persona, pero no es una profesión. Asimismo, el Art. 2 C.Com, enumera a quienes se debe considerar como comerciantes, haciendo la siguiente distinción:

- a) Las personas naturales titulares de una empresa mercantil, que se llaman comerciantes individuales.

³¹ Ibíd. 12

³² Ibíd. 17

- b) Las sociedades, que se llaman comerciantes sociales.
- c) Los extranjeros y las sociedades constituidas con arreglo a las leyes extranjeras podrán ejercer el comercio en El Salvador con sujeción a las disposiciones de esa normativa y demás leyes de la República.
- d) Por otro lado, el artículo precitado, establece que se presumirá legalmente que se ejerce el comercio cuando se haga publicidad al respecto o cuando se abra un establecimiento mercantil donde se atienda al público.

La legislación salvadoreña, en el Código de Comercio³³ Libro Primero, denominado “De los comerciantes y sus auxiliares” hace una clasificación de los comerciantes, indicándose particularmente en el apartado, “comerciante individual” en el Artículo 7, establece quienes son capaces para ejercer el comercio, aclarando que estos se encuentran comprendidos en el numeral primero de la enumeración que antecede, dentro de ellos se encuentran las personas naturales que, según el Código Civil son capaces para obligarse.

Respecto a los puntos anteriores es preciso aclarar que tal como lo expresa, Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez³⁴, al llegar a los dieciocho años, el menor de edad pasa a ser mayor, y adquiere la plena capacidad³⁵ para todos los asuntos jurídicos, por lo que puede disponer de su persona y sus bienes. Por otra parte, el título II regula lo que corresponde al

³³ Código de Comercio, Decreto Legislativo 671, de fecha ocho de mayo de mil novecientos setenta, publicado en el Diario Oficial 140 de fecha treinta y uno de julio del año expuesto, (El Salvador, Asamblea Legislativa 1970).

³⁴ Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, *Derecho Civil, Introducción y Personas* (Colección Textos Jurídicos Universitarios), pág. 215.

³⁵ Esta capacidad según Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, consiste en la capacidad para adquirir y para ejercitar con propia voluntad, derechos subjetivos, o de asumir con propia voluntad, esto es por si solo obligaciones jurídicas, es decir de cumplir actos de naturales personal o patrimonial.

“comerciante social” indicando a partir de lo dispuesto en el Art. 17, que dicha condición la presentan todas las sociedades independientemente de los fines que persiguen, definiendo asimismo a la sociedad, como el “ente jurídico resultante de un contrato solemne, celebrado entre dos o más personas, que estipulan poner en común, bienes o industria, con la finalidad de repartir entre sí los beneficios que provengan de los negocios a que van a dedicarse”.

De tal definición se debe entender que las sociedades como sujetos colectivos de derecho que son y la finalidad de estas, están consideradas como sujetos para el Derecho comercial o mercantil, por tal razón se pueden realizar, para una mejor comprensión, la siguiente clasificación de sujetos del comercio:



3.3 Actos de comercio

Según el Código de Comercio, en el Art. 3, determina que son actos de comercio, realizando la siguiente distinción:

- a) Los que tengan por objeto la organización, transformación o disolución de empresas comerciales o industriales y los actos realizados en masa por estas mismas empresas.
- b) Los actos que recaigan sobre cosas mercantiles.

Además de los indicados, se consideran actos de comercio los que sean análogos a los anteriores. De conformidad con lo anterior, se debe comprender que tanto los comerciantes individuales como sociales al realizar actividades como organización, transformación o disolución de empresas comerciales o industriales, o ejercer el comercio en sí, con la venta de sus productos, deben estar sujetas y a la vanguardia de los cambios tecnológicos para lograr su finalidad que es la de lucrarse; por tal razón, surge la necesidad de crear nuevas formas de interactuar de una forma más sencilla, para lograr con el menor uso de recursos, una mayor percepción de lucro por las actividades realizadas, y en virtud de ello surgen nuevas formas de contratación de las cuales con posterioridad se detallarán.

3.4. Nuevas formas de comercio y contratación

3.4.1 Comercio electrónico

3.4.1.1 Orígenes

El comercio electrónico, significa la comercialización de bienes tangibles, intangibles e información, además del intercambio de información entre

unidades de negocios que residen en organizaciones diferentes empleando medios digitales. El comercio electrónico es fundamentalmente diferente de los mecanismos tradicionales en transacciones de información, ya que, por esta clase de medio, la información es transmitida a una red de comunicaciones digital de sistemas de computadoras u otros medios electrónicos, y en gran parte de la transacción es automatizada³⁶.

Las diversas teorías expresan que el comercio electrónico tuvo sus cimientos en los Estados Unidos en la década de los 60's, con iniciativas independientes en los sectores del ferrocarril, negocios al detalle, fábricas de automóviles, etc. siendo diseñado para fortalecer la calidad de los datos que ellos estaban intercambiando con otras cadenas de proveedores y usándolo para sus procesos internos.

En los 70's las transferencias electrónicas de fondos a través de redes de seguridad probadas dentro de las instituciones financieras remitió su expansión respecto del uso de las tecnologías de telecomunicación para propósitos comerciales, permitiendo así el desarrollo del intercambio entre computadoras de la información operacional en el área financiera, específicamente la transferencia de pagos y giros.

El EDI³⁷ fue creado en 1975, por empresas de transporte estadounidenses, con la finalidad de ahorrar tiempo al eliminar los tradicionales métodos de preparación y envío de documentos a través de mensajería, teniendo la ventaja de ser un método más seguro y confiable para el manejo de información, usa documentos electrónicos con formato estándar que reemplazan los documentos comerciales comunes, tales como facturas,

³⁶ Friederich August von Hayek, *libertas* 32 (mayo 2000) www.eseade.edu.ar, hayek y el comercio electrónico: conocimiento y complejidad en el siglo xxi. Consulta realizada el 22 de diciembre 2015.

³⁷ El EDI, por sus siglas en ingles Electronic Data Interchange, significa el intercambio electrónico de datos de computadora a computadora entre socios comerciales.

conocimiento de embarque, órdenes de compra, cambios de órdenes de compra, requerimiento de cotizaciones y recepción de avisos entre otros. La implementación del EDI fue llevada a cabo primeramente por grandes sectores, como banca, transporte, automotrices etc., bajo auspicio de asociaciones industriales, pero la adopción global del EDI no fue tan amplia como se esperaba, especialmente dentro del sector de pequeñas y medianas empresas.

La historia del Comercio electrónico es bastante similar a la de la Internet, el cual surgió en los años 60', y con esta nueva herramienta se cuenta con la posibilidad de contratar y conectarnos con operadores desconocidos en una red abierta, lo que nos ha llevado a enfrentarnos ante un nuevo mercado donde se presenta la posibilidad de realizar actividades virtuales de incalculables proyecciones. Tanto del punto de vista de la interacción tecnológica-electrónica y las comunicaciones, como de la infraestructura jurídica para el intercambio electrónico de datos, el EDI³⁸ constituye el antecedente más importante de lo que hoy conocemos como comercio electrónico. El desarrollo jurídico/institucional del EDI estuvo confiado a la comisión internacional dependiente de las Naciones Unidas, que lleva por nombre EDIFACT³⁹, comisión que tuvo por función estandarizar los mensajes

³⁸El EDI es el intercambio de datos, en un formato normalizado entre los sistemas informáticos, entre quienes participan en transacciones comerciales o administrativas, y que ha de cumplir 3 requisitos fundamentales:

- a) El intercambio se debe realizar por medios electrónicos.
- b) El formato debe estar normalizado.
- c) La conexión ha de ser de computador a computador.

³⁹ La expresión EDIFACT, corresponde a las normas de las Naciones Unidas para el Intercambio Electrónico de Documentos. Comprende un conjunto de reglas acordadas internacionalmente, directorios y guías para el intercambio.

desde el punto de vista sintáctico, de tal manera que puedan viajar en paquetes sin ser alterados o corruptos y con unanimidad de interpretación.

Los primeros documentos que fueron estandarizados pertenecían al comercio y se referían a la factura, el remite, la orden de pago, entre otras. A ellos se sumó la documentación pública y en especial la administrativa, que también era objeto de intercambio electrónico y, por ende, susceptible de ser llevada a parámetros de estandarización. Este fenómeno revolucionó el comercio y su manera de actuar, ya que una vez que se comenzaron a estandarizar los documentos públicos se percibió que no bastaba que ello ocurriese en la parte sintáctica del mensaje si el contenido en cada país era distinto. Respecto al comercio electrónico a ha estado presente en 4 generaciones:

La Primera Generación: en el año de 1993 las grandes empresas perciben la importancia y comienzan a crear sus sitios web, primero de una manera en la que solo hablan de su negocio, posteriormente empezaron a realizar catálogos en la red, las páginas son estáticas y el modo de comunicación consistía en un formulario que contactaba a través del correo electrónico.

Por otra parte, la segunda generación, y al contrario de la anterior, motivó a que las empresas vieran la posibilidad de emplear páginas web para sus negocios los que permiten el surgimiento de los centros comerciales virtuales, que consisten en una infraestructura de una tienda virtual e incluso rentaban espacios para otras tiendas que estuviesen interesadas en dar a conocer sus productos; en cuanto al medio de pago se realizaba a través de

tarjetas electrónicas las cuales consisten en transferencias de dinero a través de una tarjeta bancaria usando la red⁴⁰.

La tercera Generación: Pretende automatizar el proceso de selección y el envío de datos acerca de los productos comprados, surgen las primeras implementaciones de bases de datos junto con aplicaciones web dinámicas y de fácil interacción con el usuario; además surge la publicidad “el marketing en la red” y aparecen los primeros protocolos de pago seguro a través de las tarjetas electrónicas.

Cuarta Generación: el contenido ya es completamente dinámico generado a partir de una aplicación web a partir de datos suministrados por un sistema de base de datos, se cuida el diseño y aspecto del sitio empleando diseñadores gráficos especializados en su creación e informáticos para la programación del sitio web, se mejora la seguridad en el sitio y se implementan diversos nuevos mecanismos de seguridad.

Además de comprar y vender, las empresas realizan muchas otras actividades, que las mantienen en el negocio, por ejemplo, el vendedor de un producto debe identificar la demanda, promover su producto ante los compradores potenciales, aceptar pedidos, entregar su producto y apoyar el uso de su producto, facturar y recibir el pago y a la vez apoyar el uso por parte de sus clientes después de la venta de los productos adquiridos. De

⁴⁰ E. Seoane, *La nueva era del comercio electrónico: Historia del comercio electrónico*, (Edit. Vigo, Madrid, España, 2006) 13

esta manera se han ido llevando a cabo distintas etapas en la historia del comercio electrónico y seguirá evolucionando al pasar de los años.

3.4.1.2 Definición de contrato electrónico

El Contrato Electrónico se define, como aquel que es “celebrado sin la presencia física simultánea de las partes, prestando éstas su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético”⁴¹.

En sentido estricto, trata de aquellos contratos que se perfeccionan mediante un intercambio electrónico de datos de ordenador a ordenador. Frente a esta noción, existe una concepción amplia, que incluye dentro de la categoría en comento a todos aquellos contratos celebrados por medios electrónicos, aunque no sean ordenadores, como el fax, télex y teléfonos.

Por su parte, Miguel Dávila Rodríguez, según cita a lo manifestado por el autor Carpio Navares, en la revista peruana de la contratación electrónica y el derecho y cambio social, expresa que puede entenderse por contratación electrónica “aquella que se realiza mediante la utilización de algún “elemento electrónico” cuando éste tiene o puede tener una incidencia real sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo. El término contratación electrónica se comprenderían, tanto aquellos contratos

⁴¹ José Horacio Amaya Cornejo, “*La seguridad jurídica de los contratos en el comercio electrónico de El Salvador*” (tesis de grado, Universidad de El Salvador, San Salvador 2002), 55.

celebrados y realizados completamente por medios electrónicos, como los celebrados y realizados parcialmente por medios electrónicos y por medios tradicionales, siempre que las “declaraciones de voluntad contractual fueran emitidas electrónicamente⁴²”.

Por ello se dice que el contrato electrónico se refiere a todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medios electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones.

Se puede decir, entonces, que los tres cambios tecnológicos decisivos para la aparición y funcionamiento de la sociedad han sido el creciente uso de la información de forma digital, el incremento vertiginoso de las redes electrónicas y la creación de la telaraña mundial World Wide Web (www). Las repercusiones generales de estos tres sucesos de innovaciones tecnológicas son innumerables y trascendentes y constituyen el fundamento de una sociedad informatizada y por ende del comercio electrónico ya que este ha sido muy importante para las economías de todos los países siendo que muchas de las transacciones se están realizando por dichos medios tecnológicos.⁴³ Se considera que dentro de lo manifestado anteriormente es oportuno el analizar y desarrollar diversidad de elementos que contiene la definición de contrato electrónico, siendo estos los siguientes:

a) Declaración de voluntad: Es uno de los elementos esenciales de todo negocio jurídico; es, además, la piedra angular para de toda clase de

⁴²ibídem. pág. 5

⁴³ Daniel Eduardo Orellana, “Necesidad de un marco legal que regule la intervención del notario en la contratación electrónica en El Salvador” (tesis de grado, Universidad de El Salvador, San Salvador 2009), pag.43.

negociación, así que para que los actos humanos produzcan efectos jurídicos es necesario que se concrete la manifestación de voluntad del sujeto mediante signos que se puedan considerar expresivos, los que deben ser expresos o tácitos. En la declaración que se formula, debe enmarcarse el principio de autonomía de la voluntad,⁴⁴ el cual puede ser definido diciendo que *“es la libertad que tienen los particulares para contratar y determinar el contenido del contrato”*, por tanto, lo que se concibe de esta definición es que ninguna persona puede quedar vinculada a una obligación en la que no ha consentido y equivalentemente toda obligación consentida por una persona debe producir efectos⁴⁵.

La autonomía de la voluntad además de la contratación tradicional es la razón de ser de la contratación electrónica por que las partes vinculadas consienten en quedar sujetas a obligaciones utilizando soportes tecnológicos para la formación y validez de dicho contrato.

Así, para este tipo de contratos prevalecerá el Principio de buena fe, el cual resulta importante destacar por el hecho de tratarse de transacciones donde la manifestación de la voluntad se realiza por redes informáticas o telemáticas, y en cuales las partes no están presentes entre sí, por la clara discreción que se tiene sobre la seguridad y lo complejo que pueden resultar las transacciones electrónicas. Este principio, debe ser precedente de todas las etapas de un contrato sin importar que el medio utilizado, indistintamente sea el digital o tradicional en donde los individuos deberán adoptarlo independientemente el medio utilizado para la formación y validez de un contrato⁴⁶.

⁴⁴ Art. 1416 del Código Civil, contiene el principio que enuncia, y por el cual expresa “Todo contrato legalmente celebrado, es obligatorio para los contratantes, y solo cesan sus efectos entre las partes por el consentimiento mutuo de éstas o por causas legales”

⁴⁵ Ibid. 22

⁴⁶ Ibid. 22

- b) Consentimiento: Es considerado como el elemento volitivo, el querer interno, la voluntad que, manifestada bajo el consentimiento, produce efectos en derecho. La perfección del contrato exige que el consentimiento sea prestado libremente por todas las partes intervinientes.
- c) Norma jurídica: Es una regla u ordenación del comportamiento humano dictado por la autoridad competente del caso, con un criterio de valor y cuyo incumplimiento lleva a una sanción. Generalmente, impone deberes y confiere derechos⁴⁷. Se trata de una regla o precepto de carácter obligatorio, emanado de una autoridad normativa legitimada, la cual tiene por objeto regular las relaciones sociales o la conducta del hombre que vive en sociedad. Las normas jurídicas son bilaterales, externas, heterónomas y coercibles. Además, se comprende que las normas jurídicas son aquellas disposiciones que el poder público, por medio de sus órganos legislativos señala como obligatorias a la obediencia general y en caso de inobservancia las hace cumplir de acuerdo con los órganos judiciales.

⁴⁷ Roberto Rugiero, *Instituciones del Derecho Civil*, Madrid, España: 1929), páginas 2 y 3.

CAPITULO II

MARCO DOCTRINARIO DEL DERECHO PROCESAL

El Capítulo tiene como objetivo mostrar la importancia y trascendencia de los diferentes medios de prueba en los procesos judiciales en El Salvador. Dentro del contenido del presente capítulo encontramos: Antecedentes históricos del derecho procesal, evolución histórica de la prueba, derecho de probar, entre otras; además, se hace una sinapsis entre los medios de prueba tradicionales con los modernos medios de prueba siendo el caso del medio de prueba de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de la información y su incorporación a las obligaciones contraídas de forma electrónica.

2.1.1 Antecedentes históricos

Son pocos los autores de la doctrina del Derecho que han desarrollado un estudio sistematizado acerca de la evolución del Derecho Procesal, entre los cuales se encuentra Hernando Devis Echandía, quien en forma superficial identifica cinco etapas fundamentales⁴⁸:

La primera etapa: Es la Étnica o primitiva, la cual tiene sus inicios en la formación de las “sociedades” primitivas, caracterizada por un proceso extremadamente rudimentario, y donde el principal y único parámetro de valoración de la prueba era definido por el empirismo e ideas personales.

⁴⁸ Rosa Carolina Arévalo Canizalez et al., *“Aplicación supletoria en el proceso de familia de los medios de prueba denominados de reproducción del sonido, voz, imagen y almacenamiento de información regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil”* (tesis de grado, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2011), pág. 1

La segunda etapa, es la Religiosa o mística: La cual se caracteriza por sistemas probatorios similares a los de la fase anterior, pero diferenciada por la enmarcación de un pensamiento religioso en donde la valoración de la prueba ya no dependía del juzgador terrenal, del operador del sistema de justicia, sino de un ente superior, controlador de todo el universo, es aquí donde se desarrollan los llamados Juicios de Dios (duelos, pruebas de agua, de fuego, etc.). La tercera etapa, se tiene la denominada etapa Legal: Conocida como tarifa legal, la valoración de la prueba dependía de parámetros claramente establecidos en la ley y que, aunque representa un avance en relación con las etapas anteriores, modernamente ésta no es aceptada por las nuevas tendencias del Derecho Procesal. La cuarta etapa: Se denominó etapa Sentimental, también denominada íntima convicción, dio sus primeros pasos en la revolución francesa, cuando confería libertad absoluta al momento de realizar la valoración de la prueba, sin sujeción a ninguna regla, y no requería del jurado una preparación especial o técnica de otro tipo.

La quinta etapa, es conocida como etapa Científica: Es la que hoy impera en los Códigos procesales modernos, en que la valoración de la prueba se da de acuerdo con la sana crítica y por jueces capacitados para ello.

2.2. De la prueba

2.2.1 Antecedentes históricos

1. Grecia

Fue evidente que la forma del proceso era oral, a raíz de lo anterior se puede afirmar que los medios principales de prueba existentes para ese entonces fueron⁴⁹:

⁴⁹Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 5° Ed. (Buenos Aires, Argentina, Víctor de Zavilía, 1981), Página 57

- a) Los testimonios,
- b) Los documentos y,
- c) El juramento.

Aunque existían restricciones a las declaraciones de mujeres, niños y esclavos; sin embargo, en materia mercantil si podían declarar los esclavos comerciantes gozando en este campo de gran consideración la prueba documental, habiéndose otorgado a algunos documentos de valor ejecutivo y por lo tanto, alcanzaba valor de plena prueba.

El juramento como tal presentaba, una gran importancia. Lo más notable de la época que se menciona es que existió la crítica lógica y razonada de la prueba.

La evolución que hubo en Grecia sobre esta materia fue fundamental para la organización judicial de cualquier país, superó con muchos a la que existió en Europa, por lo menos hasta el siglo XVI.

2. Roma

En la Roma antigua sufrieron una evolución que permitió establecer algunas etapas, las cuales serán expuestas de forma breve:

1. La fase del antiguo proceso romano o “*per legis actiones*”: El juez tenía un carácter de árbitro, con absoluta libertad para valorar las pruebas aportadas; inicialmente el testimonio fue prueba casi exclusiva, después

se admitieron los documentos, el juramento, el reconocimiento personal por el juez y los indicios. No existían reglas especiales sobre la prueba, imperaba la libre apreciación. En los tiempos de la República el pueblo era quien juzgaba. Esta fase comprende el período formulario.

2. Durante el imperio aparece la fase del procedimiento “*extra ordinem*” en donde el juez deja de ser árbitro y por ende representa al Estado, al administrar justicia se le dieron mayores facultades para interrogar a las partes, aunque posteriormente hubo un retroceso al restarle al juez facultades para valorar la prueba e imponerle reglas preestablecidas para muchos casos; fueron fijados los temas de prueba que debían considerarse como demostrados sin medio alguno, teniendo como consecuencia un especial nacimiento de las presunciones⁵⁰.
3. En el periodo de Justiniano: Se conservaron los medios probatorios del periodo anterior, se excluyeron el testimonio de la mujer, del impúber del perjuro del demente y del loco; se sentaron las reglas sobre la carga de la prueba como defensa contra la arbitrariedad de los jueces; se conoció el principio del contradictorio como en materia de interrogatorio de testigos.
4. El aparecimiento de las sociedades jurídicamente organizadas permitió el aparecimiento de las primeras formas procesales, en los cuales la ambigüedad, el empirismo, la especulación, y los dogmas religiosos, constituyeron características de las primeras manifestaciones en materia probatoria, y de las que implícita o de forma explícita se identifican en los antecedentes mediatos. La historia mediata, en materia probatoria se circunscribe a sociedades en las que se comienzan a gestar las primeras

⁵⁰ Ibíd. 87

manifestaciones del derecho mediante la aplicación de un conjunto de actos procesales, en los cuales el empirismo, en materia probatoria, constituían las primeras manifestaciones mediante las cuales los actos o negocios jurídicos y hasta incluso los delitos eran comprobados⁵¹. Las sociedades que conforman el marco de referencia histórico como antecedente mediático y que contaban con rudimentarios medios de prueba se pueden citar, los procesos civiles de Grecia, Romano, y el proceso Germánico. Las primeras sociedades tenían diferentes formas de realizar justicia, mediante una pluralidad o diversidad de procesos, así como de formas de valorar la prueba.⁵²

2.2.2. Definición

Común: La prueba está presente en todas las actividades humanas. En el quehacer cotidiano todos los individuos sea cual sea nuestra profesión, actividad o edad, necesariamente tenemos que realizar actividades que de alguna manera se encuentran relacionadas con la idea de la prueba. Desde un punto de vista meramente gramatical, probar significa examinar o experimentar las cualidades de personas o cosas, examinar si algo tiene la medida o proporción, a que debe ajustarse, justificar y hacer patente la verdad de algo, intentar algo, probar, etc.⁵³.

La prueba, en forma general se puede definir como una demostración o comprobación de la verdad de una proposición, cualquiera fuera su

⁵¹ Juan Montero Aroca, *La Prueba en el Proceso Civil*, Editorial Civitas S.A., (Santiago de Chile, Chile, 1996), Pág. 9.

⁵² Ibid. 9

⁵³ Héctor Molina González, *Teoría general de la prueba*, (Universidad autónoma de México, 1978), Pág. 1

naturaleza. En una acepción común, se debe entender como aquella actividad que desarrollan las partes con el tribunal para que éste adquiera el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o para fijarlos como ciertos a los efectos del proceso. Esta definición común de la prueba se debe tomar como una compilación de diferentes definiciones y para una mayor comprensión se determinó establecer en términos sencillos esta definición.

Doctrinaria: Es la demostración de la veracidad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. Cabal refutación de una falsedad. Comprobación. Persuasión o convencimiento que se origina en otro, y especialmente en el juez o en quien haya de resolver sobre lo dudoso o discutido. Razón, argumento declaración, documento u otro medio para patentizar la verdad o la falsedad de algo. Indicio, muestra, señal. Ensayo, experimento, experiencia. Pequeña porción de un producto comestible que se gusta o examina para determinar si agrada, si es bueno o malo, o de una u otra clase⁵⁴.

Jurídica: La prueba es la actividad que se lleva a cabo en los procesos judiciales con la finalidad de proporcionar al juez o tribunal (y en su caso, al jurado, en los procedimientos en que éste se encuentra llamado a intervenir) el convencimiento necesario para tomar una decisión acerca del litigio. Como es natural, el juez no puede sentenciar, si no dispone de una serie de datos lógicos, convincentes en cuanto a su exactitud y certeza que inspiren el sentido de su resolución. No le pueden bastar las alegaciones de las partes. Tales alegaciones, unidas a la actividad probatoria que las complementa, integran lo que en derecho procesal se denomina instrucción procesal. Respecto a la definición legal de la palabra prueba, se considera conveniente

⁵⁴ Anaile, Azuaje. 2012. Teoría general de la prueba. mayo de 2017. 7

resaltar lo que al efecto disponía el CPC derogado, el cual daba una definición de lo que debía entenderse por prueba, indicando; particularmente en el Art. 235 definía a la prueba como el medio determinado por la ley para establecer la verdad de un hecho controvertido.

En este orden de definiciones de la acepción de la palabra prueba, se encuentra el termino Probar, del cual, destaca Muñoz Sabaté, es efectuar una labor de traslación, significa trasladar un hecho o suceso producido en unas coordenadas tempo-espaciales distintas a las del juez a la presencia de este último, haciendo de este modo viable la repetición histórica, o como decía Musatti, actualizando con la más apasionante representación un evento pasado frente a un extraño, que es el juez que debe revivirlo como un episodio de su propia vida⁵⁵.

Para Cabanellas⁵⁶, la prueba es la demostración de la existencia de un hecho físico o jurídico, según las formas y condiciones exigidas por la ley. Son también los medios que pueden utilizarse en juicio para demostrar la veracidad de los hechos aducidos.

Según el doctor Saúl Ernesto Morales, la prueba se debe concebir desde dos sentidos, los cuales señala, es una posición igualmente confirmada por la exposición teórica que hace el tratadista mexicano Ovalle Favella, quien, en un artículo de la revista de la facultad de derecho de la UNAM, señala lo siguiente⁵⁷:

⁵⁵ Luis Muñoz Sabaté, *Técnica probatoria, un estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, (praxis, Barcelona), pag.34

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Saúl Ernesto Morales, *Medios probatorios guía de clases grupo A*, (Universidad de El Salvador, 2008), pág. 37.

- a) Prueba en sentido estricto: La cual se debe entender como la obtención del cercioramiento judicial acerca de los hechos indispensables para la resolución del conflicto sometido a la jurisdicción.
- b) Prueba en sentido amplio: en esta acepción, comprende todas las actividades procesales que se realizan a fin de obtener dicho cercioramiento, con independencia de que este se obtenga o no. El doctor Morales⁵⁸ realiza una diferenciación de la palabra prueba y el concepto de medio de prueba, definiendo al primero como el medio utilizado para tratar de llevar la convicción, y al segundo como a los instrumentos y órganos que suministran al juez el conocimiento de los hechos dentro de un proceso, señalando que los medios de prueba no son prueba, no se debe confundir el origen con el resultado dice el autor, así los medios de prueba constituyen la forma o mecanismo por el cual se genera la prueba en el proceso.

2.2.3 Derecho de probar

Se debe establecer como parámetro constitucional del derecho a probar el Art 18 de la Constitución de la Republica, en virtud que este establece el derecho a dirigir todas las peticiones por escrito, a las autoridades legalmente establecidas, a que se le resuelva y se le haga saber el resultado, siendo esta la manifestación del derecho de petición, lo cual debe ser relacionado con el Art. 312 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual manifiesta que las partes tienen derecho a probar, en igualdad de condiciones, las afirmaciones que hubieran dado a conocer sobre los hechos

⁵⁸ Ibíd. 64

controvertidos que son fundamento de la pretensión o de la oposición a ésta; a que el juez tenga en cuenta, en la sentencia o decisión, las pruebas producidas; y a utilizar los medios que dicho Código prevé, así como aquéllos que, dada la naturaleza del debate, posibiliten comprobar los hechos alegados.

2.2.4 Características de la prueba

Se debe tomar en cuenta la vital importancia de resaltar cada una de ellas, para un mejor resultado en materia probatoria, es decir que la prueba debe reunir ciertos requisitos legales para que tenga su valor determinado el cual será considerado por el juez a la hora de dictar sentencia, por ello, es importante señalar que cada una de dichas características tiene una función elemental dentro del proceso y a la vez es vinculatoria entre sí, ya que sin una de ellas la prueba o medio probatorio carece de validez dentro del proceso. A continuación, se identifican cada una de las características a citar:

Licitud: Cabe señalar, que la legislación salvadoreña centra ciertos parámetros para la admisión de la prueba, entre los más importantes está el Art. 316 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual establece que las fuentes de prueba deberán obtenerse de forma lícita, quedando expedita a las partes la posibilidad de denunciar su origen u obtención cuando sean contrario a la ley. Las fuentes de prueba obtenidas con vulneración de derechos constitucionales⁵⁹ no serán apreciadas por el Juez al fallar, y en este caso deberá expresar en qué consiste la violación.

⁵⁹ Para efectos del medio de prueba estudiado como centro de la presente investigación es preciso aclarar que a lo que se refiere el artículo antes mencionado es al Art 24 de la Constitución de la Republica, esto debido a que otorga el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, interceptada no hará fe, ni podrá figurar ninguna actuación, además

La práctica de los medios probatorios en forma contraria a lo previsto por las leyes procesales determinará la nulidad del medio correspondiente. El Código Procesal Civil y Mercantil al regular la nulidad contempla los principios que la sustentan, los cuales son: de especificidad, de trascendencia, y de conservación⁶⁰, los cuales han de estimarse de consuno, por su carácter complementario.

- a) El principio de especificidad hace referencia a que no hay nulidades sin texto legal expreso. No obstante, el legislador ha optado por un número abierto de causales de nulidad; ya que además de los supuestos expresamente contemplados en distintas disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil, reconoce que los actos deberán declararse nulos también en las situaciones previstas en los literales a), b) y c) del Art. 232 CPCM.
- b) Principio de trascendencia, en virtud del carácter no ritualista del derecho procesal moderno, para que exista nulidad no basta la sola infracción a la norma, sino que debe producirse perjuicio efectivo a la parte que la invoca, tal como lo reconoce el Art. 233 CPCM. Ello significa que, no es procedente declarar una nulidad por la nulidad misma cuando el acto procesal, aunque realizado en forma distinta a la prevista, produjo sus efectos, sin dañar a nadie.
- c) Principio de conservación, este principio procura la preservación de los actos procesales independientes del acto viciado, y se encuentra reconocido por el Art. 234 CPCM. A su vez, inspira las reglas de los Arts.

establece la prohibición de la interferencia y la intervención de las telecomunicaciones, a menos que sea judicialmente.

⁶⁰ Cámara de lo Civil, Sentencia de Apelación, referencia: 27-3CM-12-A. (Salvador, Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro 2012).

237 inciso 3° y 238 inciso final del CPCM. Conforme a este principio, cabe predicar que la nulidad de un acto no afecta la de los actos precedentes ni la de los sucesivos que sean independientes de aquél. Si el vicio impide un determinado efecto, el acto puede producir otros similares para los que sea idóneo. Pero si la omisión o la nulidad de un acto afecta al mismo procedimiento de modo tal que impide alcanzar su objeto, quedan inutilizados también los actos anteriores, que por sí serían válidos, porque estando destinados por definición a tener una eficacia interna en el proceso, esa eficacia se produce en el vacío si el proceso es condenado a agotarse. Sin embargo, la fuente de prueba podrá ser utilizada siempre que su aportación se hubiera realizado conforme a las normas legales.

Pertenencia: Es el hecho que se pretende demostrar con la prueba que tenga una relación directa con el hecho investigado, ejemplo: Es impertinente la prueba que tiende a demostrar la buena conducta de un sujeto procesal, cuando lo que está tratando de demostrar es la cuantía de un presunto daño patrimonial. Davis Echandía⁶¹, menciona que la pertinencia de la prueba es la relación entre el hecho objeto de esta y los fundamentos de hecho de la cuestión en decidir, que permite a aquel, influir en la decisión. Esto tiene su fundamento en el artículo 318 CPCM, en el cual se deja expresamente que no se debe admitir ninguna prueba que no guarde relación con el objeto del litigio que se ha sometido al proceso.

Utilidad: Hace referencia a que la prueba empleada, pueda establecerse un hecho que es materia de controversia que aún no se encuentra demostrada con otra. Una prueba puede ser conducente y pertinente pero inútil. Una prueba inútil es cuando sobra por no ser idónea no en sí misma, sino con relación a la utilidad que le deba prestar al proceso. Ejemplo. Los testimonios

⁶¹ Ibíd. 3

son pertinentes y conducentes para determinar los hechos, pero inútiles porque el hecho ya fue probado a través de otro medio de prueba también idóneo.

Esta característica de encuentra regulada en el Art. 319. CPCM el cual literalmente dice que “no deberá admitirse aquella prueba que, según las reglas y criterios razonables, no sea idónea o resulte superflua para comprobar los hechos controvertidos”.

2.3 Marco doctrinario y legal de los medios de prueba

Como es conocido, los medios de prueba actuales están reconocidos y regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil, el cual hace una distinción entre todos los medios de prueba aplicables según las necesidades y de lo que se pretenda probar con cada uno de ellos, y de los cuales se hará una breve explicación a continuación, únicamente destacando como prioridad el medio de prueba a estudiar.

2.3.1 Documentos

En este medio de prueba se subdividen en tres clases de documentos los cuales son:

2.3.1.1 Instrumentos públicos

El instrumento Público reviste una gran importancia, pues con este permite crear el contenido del mismo sin necesidad de haber participado en su

creación, consignándose en este, hechos o actos jurídicos tendientes a crear, transmitir, modificar, extinguir situaciones jurídicas, o simples hechos materiales.

De la misma manera en que las personas crean en el contenido del instrumento público, desde el punto de vista jurídico ello constituye una presunción *iuris tantum*,⁶² teniendo como cierto algún hecho o acto asentado en él, hasta no demostrarse lo contrario por la vía de la acción judicial.

Los instrumentos públicos son definidos por el legislador en el Art. 331 del Código Procesal Civil y Mercantil como aquellos instrumentos que “son expedidos por notario, que da fe, y por autoridad o funcionario público en el ejercicio de su función”.

2.3.1.2 Instrumentos privados

Son aquellos cuya autoría es atribuida a los particulares. También se considerarán bajo dicha concepción los expedidos en los que no se han cumplido las formalidades que la ley prevé para los instrumentos públicos.

De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 1573 C.C. “el instrumento privado, reconocido judicialmente por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos”.

⁶²Las presunciones son afirmaciones hipotéticas contenidas en la ley las cuales, permite probar la inexistencia de un hecho o derecho las cuales a diferencia de las presunciones *iuris et de iure* de pleno y absoluto derecho, presunciones que no admiten prueba en contra, es decir, es un juicio hipotético que puede ser invertido acreditando que un acto es ilegítimo.

2.3.1.3 Instrumentos redactados en idioma extranjero

Son documentos redactados en idioma no castellano que se disponen como instrumentos, porque en el desarrollo de la globalización y apertura de la economía y la comunicación intercultural, exigen la comunicación entre más lenguas extranjeras para posibilitar la participación en igualdad de condiciones en la cultura global.

Sobre este tipo de documento se hace énfasis en el Art. 333 del Código Procesal Civil y Mercantil, cuando el instrumento público o privado que se presente no esté en idioma castellano, deberá acompañarse al mismo una traducción efectuada en legal forma, es decir; para probar la autenticidad del instrumento, debe ser de la forma regulada en el Art. 334 CPCM, entendiéndose que deberá estar debidamente autenticada por el funcionario correspondiente.

Instrumentos deteriorados, el CPCM hace referencia a en el Art. 342 a los instrumentos deteriorados, los cuales identifica en: Los instrumentos rotos, quemados, raspados o deteriorados en su parte sustancial los cuales no harán fe en cuanto al hecho que con ellos se pretenda establecer. Lo anterior no tendrá lugar cuando, pese a configurarse cualquiera de los supuestos anteriores, sea inteligible el contenido del instrumento y su sentido no se vea afectado por el deterioro.⁶³

⁶³ Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador, (Decreto Legislativo No. 712 de fecha 18 de Septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 224, Tomo No. 381, del 27 de Noviembre de 2008).

Esta clasificación es de comparar la misma con la regulada por la legislación guatemalteca, en este sentido, el Art.180 del Código Procesal Civil de Guatemala, establece como documentos deteriorados los documentos rotos, cancelados, quemados o raspados en parte sustancial, los cuales no hacen fe. Tampoco hacen fe los documentos en la parte en que estuvieren enmendados o entrelineados, si la enmendadura o entrelínea no fue salvada antes de la firma del autor, o del otorgante y del autorizante del documento, en su caso.⁶⁴.

Otros instrumentos, en cuanto a este apartado, la legislación salvadoreña, refiriéndose al Código Procesal Civil y Mercantil, en el Art. 343 dispone que los otros instrumentos aplicables y con valor probatorio son: dibujos, fotografías, planos, mapas, croquis u otros instrumentos similares. A continuación, se definen cada uno de ellos.

a) Dibujo: Significa tanto el arte que enseña a dibujar, como la delineación, figura o imagen ejecutada en claro y oscuro; toma nombre de acuerdo al material con el que se hace. Es una forma de expresión gráfica que plasma imágenes sobre un espacio plano, considerado parte de la pintura y una de las modalidades de las artes visuales. Se considera al dibujo como el lenguaje gráfico universal y ha sido utilizado por la humanidad para transmitir ideas, proyectos y, en un sentido más amplio, sus ideas, costumbres y cultura⁶⁵.

⁶⁴ Código Procesal Civil y Mercantil de la República de Guatemala, (Ley No. Arts.180, disponible en: <http://www.track.unodc.org/.../Guatemala>).

⁶⁵ Jean Marie Klineberg, *Manual de semiótica general*, Universidad Jorge Tadeo Lozano, (Colombia, 2006). P. 346.

- b) Fotografía: Es el arte y la técnica de obtener imágenes duraderas debido a la acción de la luz.⁶⁶ . Es el proceso de proyectar imágenes y capturarlas, bien por medio del fijado en un medio sensible a la luz o por la conversión en señales electrónicas. Basándose en el principio de la cámara oscura, se proyecta una imagen captada por un pequeño agujero sobre una superficie, de tal forma que el tamaño de la imagen queda reducido. Para capturar y guardar esta imagen, las cámaras fotográficas utilizan película sensible para la fotografía analógica, mientras que en la fotografía digital se emplean sensores CCD, CMOS y memorias digitales.
- c) Planos: Son dibujos delineados, se realizan con ayuda de escuadra, regla, compás para conseguir una representación lo más parecida posible al objeto tomado como base.
- d) Croquis: Es también un dibujo realizado a mano alzada, que contiene información completa y está trazado sin las medidas exactas del objeto. Explica a grandes rasgos lo que se quiere representar.
- e) Mapas: Son representaciones planas de la superficie terrestre en dos dimensiones: largo y ancho. El mapa geográfico representa toda la superficie terrestre o una parte de ella.

2.3.2 Declaración de parte

En cuanto a este medio probatorio, se debe aclarar que existen dos modalidades que se clasifican en:

⁶⁶ Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española 2014 *Diccionario de la lengua española* 23ª edición. (Madrid: España, ISBN 978-84-670-4189-7, 2011).

1. Declaración personal de la propia parte: La declaración personal de propia parte⁶⁷, se debe entender como la declaración del sujeto procesal que tenga interés en el proceso; es decir, aporta su particular versión de los hechos, o de la forma que cree que los hechos ocurrieron.

2. Declaración de parte contraria: Sobre esta forma de aportación de dicho medio de prueba, el Art. 345 del Código Procesal Civil y Mercantil destaca que, para efectos de preparar su pretensión, su oposición a esta o su excepción, cada parte podrá solicitar al juez o tribunal que se ordene recibir la declaración de su parte contraria o de quien potencialmente pudiera ser su contraparte en un proceso.

2.3.3 Interrogatorio de testigos

A través de este medio de prueba, las partes podrán proponer, que presten declaración en el proceso aquellos terceros, que, sin ser partes, pudieran tener conocimiento de los hechos controvertidos que son objeto de la prueba. Siendo considerado, además, como toda persona que llega a un proceso ya sea de forma directa o indirecta que coadyuva en el proceso mediante pretensión o excepción de forma directa, terceros excluyentes, Litis consortes, de forma indirecta-llamamiento en garantía de audiencia.

2.3.4 Prueba pericial

Este medio de prueba tiene una estricta relación con el tema de investigación⁶⁸, esto debido a que tal como lo expresa el Art. 375 del Código

⁶⁷ Para una mejor comprensión hay que remitirse al Art. 344 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual establece que cada parte, podrá solicitar se le reciba declaración personal sobre los hechos objeto de la prueba, esto se debe entender que se utiliza para que el juez tenga mejores herramientas para valorar la prueba.

⁶⁸ Es de señalar la vital importancia de este medio de prueba en los procesos civiles y mercantiles, esto en virtud que es necesario acreditar de manera científica o de

Procesal Civil y Mercantil, si la apreciación de algún hecho controvertido en el proceso requiere de conocimientos científicos, artísticos o de alguna técnica especializada, las partes podrán proponer la práctica de prueba pericial.

2.3.5 Reconocimiento judicial

El Art. 390 del Código Procesal Civil y Mercantil expresa que, si para el esclarecimiento de los hechos es necesario que el juez reconozca por sí a una persona, un objeto o un lugar, se podrá proponer este medio de prueba, entonces este artículo le da la potestad al juez de ordenar aún de oficio y por excepción, la práctica del reconocimiento judicial cuando lo considere necesario para dictar sentencia.

Este medio de prueba resulta útil para una mejor valoración en el sentido que el juez puede tener una mayor apreciación de los hechos y resolver mediante el criterio enfocado en su sana crítica, es decir que el juez a través de este medio probatorio tiene una mejor herramienta para proveer de una mejor forma, apegada a derecho, en cuanto a la solución de controversia.

2.3.6 Medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información

Es de señalar que varios de estos se subdividen y el que nos ocupa no es la excepción, pese a ser un medio de prueba novedoso, el legislador en su

conocimientos certificados sobre la procedencia y veracidad de la prueba que se pretende incorporar al proceso.

momento abarcó todas las posibles situaciones en las cuales se podría utilizar. Es difícil por no decir imposible proceder a una enumeración exhaustiva y cerrada, de esta clase de instrumentos probatorios a que se está refiriendo; y ello, no solo por la diversidad y multiplicidad de los campos de los que emanan, sino también por la vertiginosa celeridad o rapidez con que se producen, hoy día las modificaciones técnicas y científicas, por lo cual se considera oportuno realizar una clasificación de los mismos, lo que se hace de la siguiente forma:

2.3.6.1 Medios de reproducción de imágenes o palabras

Este grupo de medios probatorios se encuentra regulado en el Art. 396 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual establece que efectivamente, los medios de reproducción del sonido, la voz, los datos o la imagen podrán ser propuestos⁶⁹ como medios de prueba. En esta clase de instrumentos de captación y reproducción del sonido fono grabaciones: se incluyen aquellos elementos de captación y reproducción del sonido mediante registros mecánicos o magnéticos, sean autónomos o dependientes contestadores de teléfonos fijos, buzones de teléfonos móviles, de aparatos de transmisión del sonido; así: discos gramo fónicos o fonográficos en soporte de resinas sintéticas, tipo baquelita, o de sustancias sintéticas, a base de polímeros, tipo plástico, discos compactos, cintas magnetofónicas en soporte de vinilo o de

⁶⁹ La proposición de prueba, se debe realizar al momento de elaborar el libelo de demanda, o contestación según lo establecido en los requisitos de la demanda del Art. 276 Código Procesal Civil y Mercantil y las cuales son aplicables para la contestación de la demanda, según el Art. 294 de dicho código, y en ese orden de ideas, señala el Art. 317 del mismo cuerpo normativo, deberá ser efectuada por las partes en la audiencia preparatoria o en la audiencia del proceso abreviado, salvo casos expresamente exceptuados en dicho Código, la cual exige singularizar el medio que habrá de ser utilizado, con la debida especificación de su contenido.

plástico; en o sin casetes. Instrumentos de captación y reproducción de la imagen foto grabaciones:

En este segundo grupo, quedan comprendidos todos aquellos elementos de captación y reproducción de la imagen mediante registros físicos o químicos, así como:

fotografías en todas sus posibles variantes, macrofotografía, microfotografía, fotografía ultrarrápida, con luz monocromática, con luz polarizada, con radiaciones ultravioletas o infrarrojos, diapositivas, transparencias, copias fotostáticas fotocopias, xerocopias, de las cuales se hace su distinción a continuación⁷⁰:

Fotografía: es una imagen capturada para aumentar la durabilidad de una vista, a través de una técnica por la acción química de la luz sobre una superficie con características determinadas.

Macro fotografía: Son fotografías que plasman los objetos en gran tamaño para mejorar el detalle de la imagen, puede ser de igual tamaño que en la vida real o aún mayor, permitiendo apreciar mejor la vista.

Micro fotografía: Imágenes con una ampliación mínima de 10 veces, utilizada principalmente en investigaciones biológicas para ver objetos no visibles mediante ayuda de instrumentos ópticos o electrónicos.

Fotografía ultrarrápida: Es la utilizada para capturar imágenes de objetos que se encuentran en movimiento a una velocidad elevadas.

⁷⁰ Grupo Iberoamericano de tratamiento de archivos administrativos. Hacia un diccionario de terminología archivística. (GITAA. Santafé de Bogotá. D.C. Archivo General de la Nación. 1997). 133p.

Fotografía con Luz monocromática: Es la que se forma por componentes de un solo color, por lo tanto, solo tienen una longitud de onda que corresponde a cada uno.

Fotografía con Luz polarizada: Son las que utilizan un filtro para dar un efecto especial a la imagen y las ondas luminosas vibran en un solo plano polarizado.

Fotografía con luz ultravioleta: Es la fotografía que recoge la cantidad de energía reflejada en una banda ultravioleta, es decir, todo lo que estaría por debajo de 400 nanómetros.

Fotografía con infrarrojos: Este tipo de fotografía nos permite ver espectros lumínicos entre 700 y 1,200 nanómetros, es decir, no visibles para el ojo humano.

Diapositivas: Son hojas de presentación muy utilizadas para ponencias, que generalmente son cuadros con bordes punteados, capaces de contener mucha información.

Transparencias: Es cualquier forma de fotografía o de reproducción de una imagen o varias, proyectándose una luz transmitida en vez de reflejada.

Copias fotostáticas: Es una reproducción idéntica a la original para no perder las características de ninguna forma, brindando una réplica de la fotografía, creada por medios foto ópticos.

Xerocopias: Es una reproducción fotográfica de un texto por medio de la xerografía, es decir, por medio de un proceso de impresión.

2.3.6.2 Medios de almacenamiento de información

Respecto a esta división dentro del medio de reproducción de la prueba estudiada, el Art. 397 del Código Procesal Civil y Mercantil, señala que los recursos de almacenamiento de datos o de información podrán ser propuestos como medio de prueba. Para este fin, se aportarán las cintas, discos u otros medios en los que esté contenido el material probatorio; cuando la otra parte lo pidiera, se llevarán a la sede judicial los soportes en que se encuentren almacenados los datos o la información que se propone. Si el traslado no fuere posible, el juez acudirá al lugar en el que la información se encuentre, previa cita de partes.

Entre los instrumentos de captación y reproducción de la imagen y del sonido se incluirían, en este tercer grupo, todos aquellos elementos que permitan el resguardo y la difusión de la imagen y del sonido, simultánea o sucesivamente, mediante registros físicos fundamentalmente magnéticos o químicos; así: películas o films cinematográficos en soporte de celuloide (inclusive los microfilms las videocintas, los videodiscos, DVD, etc. Por otro lado, se citan los instrumentos telemáticos entre los que se incluyen, en este grupo, todos los instrumentos que derivan de la utilización de los medios telemáticos⁷¹ de los cuales se identifican los siguientes⁷²:

⁷¹ Cubre un campo científico y tecnológico de una considerable amplitud, englobando el estudio, diseño, gestión y aplicación de las redes y servicios de comunicaciones, para el transporte, almacenamiento y procesado de cualquier tipo de información (datos, voz, vídeo, etc.), incluyendo el análisis y diseño de tecnologías y sistemas de conmutación.

⁷² Grupo Iberoamericano de tratamiento de archivos administrativos. Hacia un diccionario de terminología archivística. GITAA. (Santafé de Bogotá. D.C. Archivo General de la Nación. 1997). 134p.

Teléfono y del telégrafo: Estos se pueden definir como máquinas que se emplean para transmitir información codificada mediante señales eléctricas. Estos dispositivos se caracterizaron en su época por la velocidad para la transmisión de los datos y por la distancia que eran capaces de alcanzar, aunque con el avance de la tecnología quedaron obsoletos.

Télex: Es un dispositivo telegráfico de transmisión de datos, también obsoleto, utilizado durante el siglo XX para enviar y recibir mensajes mecanografiados punto a punto a través de un canal de comunicación simple, a menudo un par de cables de telégrafo,

Fax: Es un sistema de transmisión de datos, escritos o gráficos por vía telefónica. Se llama fax o facsímil a un dispositivo tecnológico muy popular en las últimas décadas del siglo XX que permitía transmitir documentos, textos y otros datos a través de una línea telefónica generando una telecopia.

Telefax: Es la transmisión telefónica de material escaneado impreso, tanto texto como imágenes, normalmente a un número de teléfono conectado a una impresora o a otro dispositivo de salida. El documento original es escaneado con una máquina de fax, que procesa los contenidos, texto o imágenes, como una sola imagen gráfica fija, convirtiéndola en un mapa de bits, la información se transmite como señales eléctricas a través del sistema telefónico. El equipo de fax receptor reconvierte la imagen codificada, y la imprime en papel. Antes del triunfo de la tecnología digital, durante muchas décadas, los datos escaneados se transmitieron como señal analógica.

Burofax: Es un servicio que permite enviar de manera urgente documentos que puedan requerir una prueba ante terceros. Al tratarse de una comunicación fehaciente con valor probatorio, el contenido del texto queda acreditado, así como el emisor, el destinatario y la fecha de envío.

El teletexto, es un servicio de información en forma de texto que se emite junto con la señal de televisión. Fue creado en los años 70, era conocido como Ceefax. Consiste en intercalar texto y bloques de colores en la señal de televisión, la cual sólo si el televisor era compatible con esta tecnología era capaz de mostrar la información como es el telegrama.

Los documentos tele remitidos: estos transmiten la información en un sistema de transmisión de imágenes y sonido a distancia a través de ondas hercianas.

En el caso de la televisión por cable, la transmisión se concreta a través de una red especializada o en el caso toda información vertida por medio de la televisión. Fijados, en los apartados anteriores, la definición y la enumeración de los nuevos medios de prueba, resulta preciso hacer referencia al encuadramiento dogmático de su análisis y al contenido del mismo. Respecto a ello, decir brevemente que es muy claro que el análisis de esta materia se ha de llevar a efecto dentro de la teoría de la prueba y, más concretamente, dentro del estudio de los medios de prueba, aun cuando algunos aspectos de ese análisis rocen o toquen otros campos de la dogmática procesal.

De acuerdo al contenido concreto del análisis, hay que estimar que, como mínimo, y al margen de su concepto y clasificación puntos que ya han sido abordados, hay que aludir a su regulación legal, a su naturaleza, al procedimiento que corresponde a seguir, a su valoración, y a la problemática que suscitan esencialmente el tema de su admisibilidad y de su licitud, refiriendo todo ello, lógicamente sin olvidarnos del interés que tienen los análisis históricos y comparados.

El tema de la naturaleza y el de la valoración⁷³ de los nuevos medios de prueba han sido temas evidentemente relacionados, en cuanto a que el sistema de valoración que se les ha venido aplicando ha dependido de la naturaleza que se les ha venido atribuyendo, lo cual representan ser dos posiciones fundamentales que se han mantenido y aún se mantiene en torno a la vigencia de los nuevos medios probatorios de un lado, la que cabría calificar como teoría autónoma, por la cual los nuevos medios tienen una naturaleza propia y diversa de las asignadas a los medios tradicionales; y, por otra parte, la que cabe calificar y así es denominada por algún sector doctrinal como teoría analógica, por la cual, los nuevos medios de prueba tienen una naturaleza equiparable o subsumible en las inherentes a los medios tradicionales.

2.4 Proposición del medio de producción del sonido, voz o la imagen y almacenamiento de la información

En cuanto a la proposición de este medio de prueba, el Art. 398 del Código Procesal Civil y Mercantil, regula que la proposición como prueba de los

⁷³ Manuel Gómez del Castillo y Gómez, *aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil*, Derecho procesal, (Universidad de Huelva, España, 2014), pag.84.

medios de reproducción del sonido o de la imagen, así como los soportes magnéticos o informáticos donde se almacena información, deberá hacerse según lo prescrito en ese cuerpo legal en las alegaciones iniciales expuestas por las partes, dándole la potestad al proponente para que este, indique el lugar donde el material se encuentra para que el juez⁷⁴ lo requiera o se persone en dicho lugar.

2.5 Necesidades de reproducción en audiencia

En cuanto este punto, el Art. 399 del Código Procesal Civil y Mercantil, le da la obligación o la carga procesal a parte que pretendiere utilizar este medio de prueba que remita al tribunal y a la parte contraria copia de los materiales cuya utilización propone, salvo que ello resultare excesivamente gravoso o no se encontrare a su disposición. En este caso, el juez ordenará su exhibición y aportación al proceso. En cuanto a la necesidad de la reproducción de la prueba en audiencia y en los términos antes expuestos es necesario relacionar los principios reguladores del Código Procesal Civil y Mercantil, tales como el principio de defensa y contradicción establecido en el Art 4 CPCM, igual relación tiene el principio de igualdad y de aportación, por medio de los cuales se establece que las partes tienen la misma oportunidad de aportar las pruebas necesarias en el proceso, lo cual viene relacionado con la prueba para mejor proveer la cual es una herramienta para el juez para que pueda tener una mejor apreciación de los hechos controvertidos.

⁷⁴ El Juez, señala el Art. 317, del Código Procesal Civil y Mercantil, evaluará las solicitudes de las partes, declarará cuáles pruebas son admitidas y rechazará las que resulten manifiestamente impertinentes o inútiles. La decisión del juez no será recurrible, y las partes podrán solicitar que se haga constar en acta su disconformidad, a efecto de interponer recurso contra la sentencia definitiva.

La actividad probatoria según el principio de aportación regulado en el Art 7 CPCM, en cuanto a la proposición de la prueba, establece que corresponde exclusivamente a las partes o terceros el ofrecer los medios para acreditar los hechos, sin embargo, el juez incluso al momento de la reproducción de la prueba en audiencia podrá ordenar diligencias para mejor proveer con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio.

Los medios de reproducción del sonido o de la imagen y el almacenamiento de información deberán ser expuestos en audiencia, si fuere necesario. Para esto, la parte deberá poner a disposición el soporte técnico donde conste y el medio que permita evidenciar su contenido. Si no fuere posible el traslado del instrumento donde la información se encuentre almacenada, el juez y las partes se trasladarán al lugar respectivo.

Respecto a la citada actividad, la regula, esencialmente, un doble instrumento probatorio: los soportes que permiten captar y reproducir sonidos e imágenes y los soportes que permiten archivar y conocer datos o cifras⁷⁵. Sobre la base de la situación expuesta, hay que afirmar, sin embargo, que la regulación contenida en la nueva y debatida ley habrá de ser fuente importante de problemas de interpretación y aplicación, destacándose, entre ellos, el de la naturaleza que se atribuye a los instrumentos regulados o el de la razón de ser del criterio de valoración escogido. En definitiva, y según ha sido ya dicho, parece que el legislador no deposita decididamente su confianza en estos nuevos medios probatorios, que, en definitiva, y con independencia de sus más que acreditadas garantías, quedan sometidos, en cuanto a su fuerza probatoria, a la voluntad del juzgador con olvido del siglo en el que nos encontramos.

⁷⁵ Ibíd. 90

En la denominación de “nuevos medios” de prueba, los instrumentos de captación y reproducción del sonido y la imagen, los instrumentos informáticos y telemáticos, y los instrumentos derivados de la utilización de aparatos de control, mediación o registro, hay que resaltar que existe una marcada tendencia inclinada por los avances que la ciencia y la tecnología nos ofrecen, lo cual no solo induce el uso de tales avances respecto a los actos de constancia y comunicación, entre otros, sino también respecto a los actos de prueba, confirmando así la posibilidad de su utilización en el proceso incorporando esencialmente, un doble instrumento probatorio: por un lado los soportes que permiten captar y reproducir sonidos e imágenes y por otro los soportes que permiten archivar y conocer datos y cifras. Sin embargo, dicha regulación habrá de ser fuente importante de problemas, destacándose, entre ellos, el de la naturaleza que se atribuye a los instrumentos regulados o el de la razón de ser del criterio de valoración escogido.

2.6 Relación entre el medio de prueba de reproducción de la voz, sonido, imagen y almacenamiento de la información, con otros medios de prueba

2.6.1 Prueba pericial

Esta relación puede suceder en el sentido que si para la apreciación de algún hecho controvertido en el proceso son necesarios conocimientos científicos, artísticos o de alguna técnica especializada, las partes podrán proponer la práctica de prueba pericial, a fin que el juez pueda tener una mejor apreciación de los hechos controvertidos para emitir una resolución apegada a derecho, y en ése sentido, las partes, de considerarlo necesario, podrán solicitar al juez la designación de un perito, por cada uno de ellos, a costa de

quien lo propone; este perito debe contar con las habilitaciones suficientes para su función, es decir se debe acreditar que el propuesto antes de ser nombrado, está autorizado legalmente para ejercer la función que se le encomienda.

En cualquiera de los dos casos, el dictamen⁷⁶ que estos rindan el cual se debe considerar como el medio de prueba ofertado por las partes, el cual deberá rendirse en la misma audiencia y de viva voz; y tanto el juez como las partes podrán hacer las preguntas que estimen oportunas, cuando algún punto no hubiera quedado claro.

2.6.2 Reconocimiento judicial

La relación de este medio con el de reproducción del sonido, la voz y la imagen, se ve expuesta, como ya se mencionó con anterioridad, en que el juez, en caso de ser necesario se trasladara al lugar donde se encuentra dicho medio ofertado, y admitido, para una mejor valoración y apreciación de los hechos relatados en la demanda, diciendo en todo caso además según su criterio hacerse acompañar de un perito autorizado para que este, al momento de practicar esta diligencia le muestre al juez un mejor panorama de los hechos controvertidos para los efectos de mejor valoración de la prueba anteriormente citados. Dicho de otra forma y según la legislación salvadoreña, el Art 394 CPCM indica que el juez puede ordenar

⁷⁶ Los requisitos para analizar y valorar un dictamen pericial se encuentran regulados en el Art. 376 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual establece que para que valga, debe circunscribirse a los puntos propuestos como objeto de la pericia y deberá ajustarse a las reglas que sobre la ciencia, arte o técnica correspondiente existieren. En él se deberá informar, además, sobre las distintas posturas o interpretaciones posibles en el caso específico.

conjuntamente el reconocimiento judicial con el reconocimiento pericial o la declaración de testigos.

2.7 Sistemas de valoración de la prueba

Según Cafferata⁷⁷ la valoración de la prueba es una operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos.

Para Devis Echandía⁷⁸ la valoración o apreciación de la prueba judicial es aquella operación que tiene como fin conocer el mérito o valor conviccional que pueda deducirse de su contenido. Se trata de una actividad procesal exclusiva del juez. Es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria.

Por su parte Varela⁷⁹ expresa que la valoración o evaluación, constituye un acto de trascendental importancia dentro del proceso y de la etapa preparatoria, dado que el resultado que se obtenga, dependerá la suerte del proceso que tanto se puede traducir en la condena como en la absolución del acusado en materia criminal, como en la obtención de una justa reparación del daño sufrido o de pérdida. Es de aclarar que se debe tomar esta apreciación en sentido genérico, en materia de valoración de la prueba ya que la materia que se estudia en este momento es procesal civil. La valoración de la prueba se puede definir como aquella operación mental que realiza la autoridad judicial con el objeto de obtener de cada elemento

⁷⁷ José Caferrata Nores, *La prueba en el proceso penal*. 3° ed. (Buenos Aires Argentina, Depalma, 1998), pág. 43.

⁷⁸ *Ibíd.* 89

⁷⁹ Casimiro A. Varela, *Valoración de la Prueba, Procedimientos Civiles y Penal*, 2° ed. (Buenos Aires Argentina, Astrea de Alfaro y Ricardo de Palma, 1999), pág. 255.

probatorio la suficiente convicción para determinar la culpabilidad o inocencia del imputado en materia penal y en el caso de materia civil, estimación o no de la responsabilidad del demandado. En los sistemas de valoración probatoria se destacan los siguientes:

2.7.1 Prueba tasada o de la tarifa legal

Este sistema de valoración de la prueba, se define como aquél en donde el juzgador en el momento de apreciar los elementos de prueba, queda sometido a una serie de reglas abstractas preestablecidas por el legislador.⁸⁰

En este sentido el Art 3341inc 1 CPCM es un ejemplo de la aplicación de este medio de prueba, en virtud que indica que “los instrumentos públicos constituirán prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten; de la fecha y personas que intervienen en el mismo, así como del fedatario o funcionario que lo expide, y en cuanto a los instrumentos privados, indica que hacen prueba plena de su contenido y otorgantes, si no ha sido impugnada su autenticidad o ésta ha quedado demostrada”. En otras palabras en este sistema, el juez no puede hacer uso de la misma libertad que la ley le permite (sana critica) para fundamentar su decisión sobre la prueba presentada por las partes, sino que, como el ejemplo anteriormente planteado, es la misma ley la que le indica al juez que prueba hace fe plena solo por el hecho de la forma en que fue otorgada, en el caso del ejemplo es el documento, por el hecho que el funcionario es un delegado del Estado y está apegado a las reglas que este impone.

⁸⁰ Ibid. 341

2.7.2 Sana critica

Es considerada una categoría intermedia entre la prueba tasada y la libre convicción, sin la excesiva rigidez de la primera y la excesiva incertidumbre de la última, ya que existe un perfecto balance entre una y la otra, dándole una libertad al juez para valorar la prueba, pero no una libertad absoluta; sino más bien regida en principios y reglas que deben ser tomadas en cuenta al momento del análisis probatorio.

A esta categoría intermedia se le ha denominado como Sana Crítica, la cual se entiende como el sistema que deja al arbitrio de los jueces, la concreta determinación de la eficacia probatoria, según ciertas reglas, a través de un procedimiento interpretativo. Según Davis Echandía; las reglas de la sana critica, son las reglas del correcto entendimiento humano, en ellas interfieren las reglas de la lógica, con las que corresponden a la experiencia del juez, unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas⁸¹.

Entendido lo anterior se puede definir la Sana Crítica como aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la recta razón y el criterio racional puesto en juicio.

Es de analizar sinceramente y sin malicia las opiniones expuestas acerca de cualquier asunto. Las reglas que la constituyen no están expuestas en la ley. Se trata de un proceso intelectual interno y subjetivo del que analiza una opinión expuesta por otro, o sea, es una materia esencialmente de

⁸¹ Ibíd. Pág. 29.

apreciación, y por lo mismo de hecho, cuya estimación corresponde a los jueces del fondo.

El juzgador deberá ajustarse en todo momento a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos, de ahí que necesariamente tenga la obligación de exteriorizar el razonamiento probatorio empleado, plasmándolo en el texto de la sentencia como única forma de controlar su racionalidad y coherencia. La motivación fáctica de la sentencia permite constatar que la libertad de ponderación de la prueba ha sido utilizada de forma correcta, adecuada y que no ha generado en arbitrariedad.

Únicamente cuando la convicción sea fruto de un proceso mental razonado podrá plasmarse dicho razonamiento en la sentencia mediante motivación⁸². Según la legislación salvadoreña, la valoración de la prueba se encuentra regulada en el Art. 416. CPCM, la cual exhorta al juez a que la prueba se deberá valorar en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, no obstante, a la prueba documental la que por sí sola hace fe en el proceso, es decir que su valor lo encuentra fijo o tasado por el legislador.

En este caso, el juez o tribunal deberá atribuir un valor o significado a cada prueba en particular, determinando si conduce o no a establecer la existencia de un hecho y el modo en que se produjo. Cuando más de una prueba hubiera sido presentada para establecer la existencia o el modo de un mismo hecho, dichas pruebas deberán valorarse en común, con especial motivación y razonamiento.

⁸² Ibid. 342

CAPITULO III

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS MEDIOS DE PRUEBA REPRODUCCIÓN DEL SONIDO, VOZ O DE LA IMAGEN Y ALMACENAMIENTO DE LA INFORMACIÓN EN EL SALVADOR

El objetivo del capítulo es investigar el procedimiento que se realiza, para la incorporación del medio de prueba de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de la información en los procesos civiles y mercantiles, en obligaciones contraídas de forma electrónica en El Salvador y su aplicabilidad en los diferentes procesos judiciales. El capítulo contiene los antecedentes históricos de los medios de prueba, así como su incorporación al Código de Comercio y al Código Procesal Civil y Mercantil de nuestro país.

3.1 Generalidades

En Roma, durante sus doce siglos de existencia, la civilización o sociedad, tuvo formas de gobierno como la Monarquía, que luego fue reemplazada por la República, hasta convertirse en un gran imperio que dominó Europa Occidental y los alrededores del Mar Mediterráneo; a través de conquistas y la asimilación cultural el Imperio Romano se fue modificando en atención a la forma de aplicar justicia y de incorporar medios de pruebas, esto es así, debido a que, se incorporarían al sistema probatorio los principios que rigen la aplicabilidad de los medios iniciados en Grecia.

En el ámbito procesal, y en su contexto probatorio, se tiene como entronque común o punto de partida el CPCM, el cual se configura como parte de la fase científica de la evolución de los medios de prueba, debido a que, es éste

Código el que regula y establece el principio de libertad probatoria, que implícitamente propugna un cambio de actitud para los operadores de justicia y para los procuradores o litigantes y es así que son concebidos los nuevos medios de prueba como aquellos que no aparecen relacionados en las antiguas leyes de enjuiciamiento y que son propiciados por los avances científicos y tecnológicos, e incluyendo, en los mismos, a aquellos instrumentos de captación y reproducción del sonido y la imagen, los instrumentos informáticos y telemáticos, y los instrumentos derivados de la utilización de aparatos de control, medición o registro; sin embargo, hay que resaltar que, al regularlos, ha llegado a confirmar la posibilidad de su utilización en el proceso⁸³, tal como habían venido manteniendo la jurisprudencia y la doctrina, inclinada ya, de manera indubitada, por los avances que la ciencia y la tecnología nos ofrecen progresivamente, lo que induce el uso de tales avances respecto a los actos de constancia y comunicación, entre otros, y, en lo que ahora interesa, en la actividad probatoria.

El CPCM constituyó el hito, configurador del aparecimiento de los medios de prueba modernos, específicamente regula y concibe la utilización de medios de captación de la voz, sonido e imagen, comúnmente denominados grabaciones; asimismo, configuró el resultado de una labor histórica foránea, llevada a cabo por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Es frecuente, actualmente, en los ámbitos más diversos: legislativo, jurisprudencial, doctrinal, científico, técnico, académico, político, hablar de nuevos medios de prueba, pero sin llegar a concretar el alcance de dicha expresión ni la trascendencia o importancia de la misma. Se hace, pues,

⁸³ Ibíd.

preciso antes que nada abordar el concepto y la enumeración de esos nuevos medios probatorios y fijar el encuadramiento dogmático y el contenido de su estudio⁸⁴.

En definitiva, en el proceso civil y antes de la vigencia del actual código procesal, los medios de prueba fijados o determinados legalmente eran: la prueba por instrumentos, la confesión judicial o prueba por posiciones, el dictamen pericial, la declaración testifical, el reconocimiento judicial o inspección personal del juez, y las presunciones. Algunos tratadistas incluían, además, los informes administrativos, el registro y reconocimiento de libros y papeles, el cotejo de letras, y otros como la prueba de informes la prueba por manifestación, o los indicios. Pero, junto a estos medios que cabría calificar como clásicos, la dinámica social de los últimos tiempos y, más concretamente, la operada en la segunda mitad del siglo XX ha venido haciendo uso por no decir que ha venido imponiendo un relevante conjunto de instrumentos probatorios, de carácter real, y productos evidentes de las innovaciones tecnológicas y científicas, a los que la doctrina y también la jurisprudencia⁸⁵ han denominado o calificado como nuevos medios de prueba⁸⁶.

3.2 Antecedentes históricos

El extraordinario progreso alcanzado por la técnica a puesto al servicio del hombre una serie de instrumentos mecánicos como la telefonía sin hilos, la televisión, el radar y el registro sonoro, el desarrollo de la física y la química

⁸⁴ Ibid. 77

⁸⁵ En este sentido, la jurisprudencia española vino manteniendo que las cintas magnetofónicas o video gráficas eran documentos que podían ser también objeto de prueba pericial, o de reconocimiento judicial (S.S.T.S. 05.07.84)

⁸⁶ Ibid. 9-10

han hecho este adelanto que permite hoy disfrutar de las modalidades y ventajas con que nunca habrían soñado muchas de las generaciones anteriores.

El dominio de los espacios aéreos ha reducido las distancias, la telefonía permite comunicarse a través de los mares y continentes, las fotografías con sus múltiples aplicaciones, reproducir imágenes con actitud en un tiempo reducido, las maquinas fotocopadoras proporcionan en un instante un gran número de ejemplares que con el esfuerzo humano se logra en muchas horas⁸⁷.

El avance de la ciencia crea a la vez nuevas formas de vida, este progreso ha creado para el jurista un importante campo de investigación, en lo que atañe a la administración de nuevos elementos representativos.

El Código Civil y el anterior Código de Procedimientos Civiles habían seguido el sistema tradicional de señalar taxativamente los medios de prueba. Otros contemplan la posibilidad de que cualquier elemento pueda servir para demostrar los hechos, como se muestra a continuación. Grabaciones en discos y cintas magnetofónicas: "*Verba volant, scripta manent*," decía un antiguo proverbio que solo atribuía al escrito la virtud de fijar de modo duradero las palabras.

El sonido vocal representado por signos era la única forma en que podía conservar el pensamiento de modo indeleble, pero con el correr del tiempo y el progreso de la técnica, estas grafías dejaron de ser el único medio en que la idea se fija de modo material.

⁸⁷ Ibíd. Página 140.

En 1956, un francés de nombre León Scott, había inventado un aparato mediante el cual traducía las ondas sonoras en curvas superpuestas sobre un cilindro rodante cubierto de humo. Este fenoautografo⁸⁸ era un medio de la representación gráfica y no una grabación sonora. Pero más tarde por los años de 1877 y 1878, Edison, utilizando el invento de Scott, ideó el fonógrafo, sobre el cilindro rodante puso una sustancia plástica capaz de gravarse y mediante una membrana elástica y otros dispositivos, un mecanismo que permitía registrar la voz humana y estudiarla posteriormente, este invento recibió de su genial creador nuevos progresos. En 1887, Berliner creó un aparato más perfeccionado que el anterior el cual denominó gramófono.

Vino más tarde el microsurco y con las aplicaciones de la electrónica, se fue renovando la técnica hasta llegar a la grabación magnetofónica, el sonido se fija en una finca que lleva una lámina metálica o depósito de material magnético, sus ventajas son enormes sobre el disco por la casi total ausencia de sonidos de fondo y su fácil conservación.

Hoy el uso de estos aparatos es mucho más frecuente, sobre todo con fines de disfunción de la palabra y la música, a través de la televisión y la radio y en el empleo cotidiano que se hace en los hogares. Incluso en los tribunales extranjeros se emplea este sistema, el artículo 174 del nuevo Código de Procedimientos Civiles de Francia⁸⁹, dispone que el Juez puede hacer

⁸⁸ La primera invención conocida de un dispositivo capaz de grabar una vibración sonora, conocido como fonoautógrafo, inventado por el francés Édouard-Léon Scott de Martinville y patentado el 25 de marzo de 1857. Podía transcribir una vibración sonora a un medio visible, pero no tenía un modo de ser reproducido después. El aparato consistía en un cuerno o un barril que recogía las ondas hacia una membrana a la que estaba atada una cuerda.

⁸⁹ Artículo 174. El juez podrá ordenar que se proceda a la grabación sonora, visual o audiovisual de todas o de parte de las actuaciones probatorias a las que procediera. La grabación se custodiará en la secretaría del tribunal. Las partes podrán solicitar que se les entregue, a sus expensas, un ejemplar, una copia o una transcripción.

establecer un registro sonoro, visual y audiovisual de todo o parte de las operaciones de instrucción a las cuales procede.

Muchos abogados, profesores y otros profesionales exponen sus clases o discursos y conservan su palabra mediante el magnetófono. Muchos hombres dictan su correspondencia utilizando también este instrumento. En reuniones importantes una maquina suele estar grabando lo que se habla, también se usa que en las conversaciones telefónicas sobre negocios una grabadora está conectada a fin de conservar el texto de lo contratado y son muchas las operaciones mercantiles que se conciertan a través del hilo telefónico, con frecuencia se necesita en forma rápida cotizar ciertas materias y no es conveniente esperar la respuesta que debería viajar por el correo tradicional.

3.2.1 Carácter documental de la información

En Francia, una sentencia del Tribunal Civil del Sena, de fecha 28 de junio de 1939, rechazó como prueba unas grabaciones en discos fonográficos que se presentaron en juicio de divorcio, tomando en consideración que un disco de fonógrafo es una materia plástica, en su mayor parte compuesta de cera, sobre las cuales se imprimen las vibraciones sonoras de la voz humana y que, a pesar de su carácter de cosa impresa, no corresponde el escrito a la que la ley alude cuando admite la prueba literal.

La Corte de Apelación de Dijon, en un fallo que revocó el de primera instancia, aceptó como medio de prueba el registro magnetofónico, dijo así, que convienen, sin embargo, examinar si este medio puesto a disposición de los jueces y de las partes por el progreso de la ciencia moderna, puede ser

utilizado por la justicia⁹⁰ y asimilado a un escrito y si ella puede resultar de otro medio de prueba, admitirlo era permanecer en el espíritu de la ley, que si puede demostrarse por magnetófono da certidumbre de las declaraciones hechas por el interesado, no aparece que haya un motivo serio y valedero para que se rechace como medio de prueba y sobre todo como un principio de prueba.

“Este medio “dijo la misma Corte”, debe ser admitido con circunspección cuando las circunstancias permitan sospechar de su veracidad, una conversación somera, por ejemplo no podría ser asimilada a un principio de prueba por escrito⁹¹ pero en el asunto que fue sometido, las dos conversaciones tuvieron lugar con intervalos espaciados, fueron particularmente largas y detalladas puesto que su texto ocupó varias hojas dactilografiadas, las conversaciones reproducidas tenían una naturalidad y un realismo tan impresionante y contenían tantos detalles, que no dejaban ninguna duda en cuanto a su autenticidad.⁹²”. Aun podría pensarse que consigan las ideas de modo más fiel, puesto que quedan las palabras mismas, la voz de quien las pronunció, mientras que el papel conserva la frase con una redacción cuidada, que a veces no fue concebida por quien la suscribe.

⁹⁰ Ibíd. Página 148.

⁹¹ El artículo 1584, literalmente dice: La confesión que alguno hiciere en juicio por sí, o por medio de apoderado especial, o de su representante legal, y relativa a un hecho personal de la misma parte, producirá plena fe contra ella, aunque no haya un principio de prueba por escrito; salvos los casos comprendidos en el artículo 1572, inciso 1º y los demás que las leyes exceptúen. No puede ser dividida contra el confesante aceptando lo que le perjudica y desechando lo que le favorece, sino en los casos previstos en el Código de Procedimientos. Tampoco podrá el confesante revocarla, a no probarse que ha sido el resultado de un error de hecho.

⁹² Carmen Ordoño Artes, *La prueba de reconocimiento judicial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en la obra colectiva “La Prueba”,* Dir. J. Montero Aroca, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, (Madrid, 2000), 216-217.

Es oportuno el Art. 2712 del Código Civil Italiano, que dice; “las reproducciones fotográficas o cinematográficas, las grabaciones fonográficas y en general cualquier otra representación mecánica de los hechos de las cosas forman plena prueba de los hechos o de las cosas representadas⁹³, si aquel contra el cual son producidas no desconocen su conformidad con los hechos o con las cosas mismas”.

Del mismo modo, el Código de Procedimientos Civil de Colombia dice expresamente en el art. 251⁹⁴, que son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas y sellos y en general todo objeto que tenga carácter representativo o declarativo y las inscripciones en lapidas, monumentos, edificios o similares.

Si para los Códigos de Italia y Colombia las grabaciones sonoras son documentos, parece que esta asimilación no nace de la sola perspectiva legal si no que es un reconocimiento por parte del legislador de una semejanza que surge de su naturaleza intrínseca. Por tanto, como han concluido los Tribunales franceses antes indicados las grabaciones sonoras pueden ser consideradas documentos sin que haya un texto expreso que así

⁹³La prueba de los hechos o de las cosas representada, si aquel contra el cual son producidas no desconocen su conformidad con los hechos o con las cosas mismas as reproducciones fotográficas o cinematográficas, las grabaciones fonográficas y en general cualquier otra representación mecánica de los hechos de las cosas forman plena Código Civil Italiano aprobado por el Decreto Real N° 262 de 16 de marzo de 1942, modificado hasta el decreto número 291 del 7 de diciembre de 2016.

⁹⁴Código de Procedimientos Civiles de Colombia, en su Artículo 251 dice expresamente que “son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

lo diga, de ahí que por su propio carácter tienen cabida en el *numerus clausus* que la ley señala.

¿Qué valor puede atribuírsele a la grabación cuando reproduce palabras en que hay declaraciones de voluntad que constituyan un acto jurídico? Puesto que el instrumento privado sumamente tal debe estar firmado por la parte o por las partes respecto de las cuales hacen pruebas, requisito sin el cual no pueden tener ese carácter, no es posible atribuir a la grabación sonora el mérito de un instrumento privado en su sentido propio, pero si puede dársele el valor de un principio de prueba por escrito o el de una confesión extrajudicial que no es puramente verbal, asimilando lo que oralmente se dice justamente.

Se debe hacer referencia a que el Código de Procedimientos Civiles de El Salvador, no contemplaba los medios de prueba por reproducción de sonido, voz o de la imagen o almacenamiento de información, en ninguno de sus artículos y por tal razón como consecuencia lógica no les asignaba ningún valor probatorio, es por ello que esta es otra de las novedades contempladas en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil y por esta razón ya se da un valor probatorio a las grabaciones sonoras pero estas tienen un límite muy importante, y él es derecho de las personas a que se respete el secreto de sus conversaciones privadas.

Cabe aclarar que si no se hace siguiendo los mecanismos ya establecidos en la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones, en la cual establece identifica a los solicitantes, los cuales, que según el artículo 7 de la referida Ley, es el Fiscal General de la República quien será la única autoridad facultada para solicitar la intervención de las telecomunicaciones directamente o a través del Director del Centro de Intervención, así mismo hace referencia de quien tendrá la competencia para autorizar esta

intervención y es por ello que el artículo ocho de este mismo ordenamiento literalmente dice, la intervención de las telecomunicaciones será autorizada por cualquiera de los jueces de instrucción con residencia en San Salvador.

La Corte Suprema de Justicia creará un sistema de turnos de los jueces de instrucción, a efecto de que se encuentren disponibles fuera de los días y horas hábiles, para ello deberá presentarse una solicitud previa, de la cual los requisitos o es decir el contenido de la misma se establece en el artículo 9 del ordenamiento jurídico⁹⁵.

Así como el secreto de las correspondencias ha sido objeto de numerosos fallos de los tribunales y tema de la doctrina, los abusos cometidos por medio de las grabaciones sonoras hechas secretamente preocupan, por cierto, a los estudiosos del derecho.

Estos elementos no pueden lícitamente usarse para captar secretos o conversaciones confidenciales. Sin embargo, no hay todavía un criterio uniforme para apreciar en qué casos se está ante un uso indebido de ellos.

Grabaciones sonoras: Acerca de los peritajes que se pueden practicar para la identificación de la voz grabada en discos fonográficos o cintas

⁹⁵ Ley especial para la Intervención de las Telecomunicaciones, de El Salvador, Art. 9. La solicitud para la intervención de las telecomunicaciones contendrá: a) La indicación detallada de las personas cuyas telecomunicaciones serán objeto de intervención, en caso de que se conozcan los nombres. Cuando se desconozca la identidad de la persona deberá explicarse esta circunstancia, y en cuanto sea posible aportarse elementos mínimos para su individualización. b) La descripción del hecho, actividades que se investigan y diligencias en que se funda, las que deberán ser presentadas, con indicación de la calificación legal del delito o delitos por los que se petitiona la intervención. c) Los datos que identifican el servicio de telecomunicación a ser intervenido, tales como números de teléfonos, frecuencias o direcciones electrónicas, incluyendo la información referente a los aparatos y dispositivos empleados para brindar el servicio, o cualesquiera otros datos que sean útiles para determinar la clase de telecomunicación que se pretende intervenir. d) Los datos y la colaboración que sean necesarios para la intervención. e) El plazo de duración de la intervención.

magnetofónicas hay un importante avance. Hoy día se practican comúnmente estos análisis espectro gráficos, en el Departamento del sonido de la Facultad de artes de la Universidad de Chile quien los realiza con éxito. Para hacer este experimento, se utiliza la grabación donde está la voz indubitada de la persona respecto de la cual se quiere saber si le pertenece aquella voz. Primero se observa el estado y la calidad de ambas grabaciones, si hay sonidos parásitos, se procede a filtrarlos cuidando de no alterar la información allí contenida.

Luego de hacer una representación gráfica de las ondas acústicas emitidas por la persona de cuya voz se trata, éstas son medidas en función del tiempo, frecuencia y amplitud. Mediante un instrumento llamado osciloscopio⁹⁶ se pueden comparar las señales que presentan semejanzas auditivas a fin de orientar la búsqueda de elementos coincidentes en ambas grabaciones, tales como la pronunciación y transigentes espectrales, consonantes en inflexiones de la voz. De este modo se pueden detectar similitudes en las voces comparadas que se determinan por la coincidencia en la forma de la onda. Viene enseguida el análisis espectral de la voz mediante un analizador de espectros. Los instrumentos utilizados permiten observar en una pantalla las informaciones que se obtienen, de las cuales se toman fotografías para conservar las imágenes.

Respecto de la seguridad de la prueba pericial, es obvio que no produce una certeza matemática y está sujeta a la verosimilitud que puede atribuírsele

⁹⁶ Según la Real Academia de la Lengua Española, un osciloscopio es un instrumento de visualización electrónico para la representación gráfica de señales eléctricas que pueden variar en el tiempo. Es muy usado en electrónica de señal, frecuentemente junto a un analizador de espectro. Presenta los valores de las señales eléctricas en forma de coordenadas en una pantalla, en la que normalmente el eje X (horizontal) representa tiempos y el eje Y (vertical) representa tensiones.

haciendo un examen razonado, pues, como todo peritaje, se aprecia según la sana crítica. Ese grado de verosimilitud dependerá, ciertamente, de la calidad del material que es puesto a disposición del experto además de otros factores.

3.3. Antecedentes en El Salvador

3.3.1 Código de comercio

Como primer paso para que el medio de prueba de reproducción del sonido, la voz o de la imagen y almacenamiento de la información en la legislación salvadoreña existiera, se puede tomar como punto de partida el Código de comercio vigente, en vista que según este cuerpo legal, en el Art. 999, establece las formas de acreditar la existencia como la terminación de las obligaciones de carácter mercantil, las cuales se podrán probar mediante Instrumentos públicos, auténticos y privados, facturas, correspondencia postal, correspondencia telegráfica reconocida, registros contables, testigos y otros admitidos por la ley; sin embargo, según el tema analizado, podría emplearse lo que corresponde a la correspondencia telegráfica reconocida y demás admitidos por la ley⁹⁷.

Sobre este punto es de destacar el importante avance y pensamiento ambicioso en materia probatoria que regulaba dicho cuerpo normativo en esa época, en virtud que este fue promulgado el ocho de mayo de mil novecientos setenta, como es un hecho notorio, para ese entonces no existía

⁹⁷ Ley de Procedimientos Mercantiles, Decreto legislativo N° 671, de fecha 08/05/1970, publicada en el Diario Oficial 140 el 31/07/1970, Tomo 228. Reformado por decreto legislativo N°. 641, de fecha 26 de junio de 2008, publicado en el Diario Oficial N° 120, Tomo 379 de fecha 27 de junio de 2008.,

tantos medios diversos para realizar actos de comercio, sin embargo dicho Código en ese último aspecto cuando se refiere a los demás admitidas por la ley, aporta al profesional del derecho otras herramientas para la mayor satisfacción de su representado, pese a que es un Código en teoría ambiguo.

En el contexto histórico de esa época y analizando la legislación pertinente, es preciso señalar que la ley procesal por la que se debía seguir un proceso en materia civil o mercantil en aquella época, no contemplaba en los medios de prueba, un apartado específico en el que se pudiese incorporar al proceso algún tipo de medio técnico o no convencional, para probar un hecho, pese a que el Código de Comercio si tipificaba o incorporaba diversos medios para probar obligaciones de carácter mercantil. El artículo tres de la derogada Ley de Procedimientos Mercantiles literalmente decía: “Los jueces y tribunales con jurisdicción en lo civil serán competentes para conocer en materia mercantil”, y el artículo 30 del mismo ordenamiento jurídico en materia probatoria hacía referencia a lo siguiente; “Las pruebas en materia mercantil se regirán por lo dispuesto en esta ley. En el Capítulo IV del Título I del Libro Cuarto del Código de Comercio. En todo lo no previsto se aplicarán las reglas contenidas en el Código Civil y en el de Procedimientos Civiles”.

3.3.2 Incorporación del medio de prueba de reproducción de voz, sonido e imagen y almacenamiento de El Salvador a los procesos civiles y mercantiles

La fundación salvadoreña para el desarrollo económico y social (FUSADES)⁹⁸ hace un estudio sobre el anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil y hace énfasis en las novedades que este código tendrá y una de ellas y es la que genera interés a la investigación, como es lo que

⁹⁸ El estudio Realizado por La Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, FUSADES, Según el boletín N°. 76, fue realizado en el mes de abril 2017, por el Departamento de Estudios Legales, de FUSADES.

corresponde al Título Cuarto⁹⁹, actividad procesal, que contiene la regulación sistemática de la actividad procesal, desde la demanda hasta la sentencia, incluyendo las audiencias orales por medio de las cuales se sustanciará el proceso, adiciona un capítulo sobre cooperación judicial internacional y establece novedades en las comunicaciones procesales, como la notificación tácita y la que se realiza por medios técnicos.

El aporte efectivo de éstas se hace en una audiencia probatoria, regulada extensamente, juntamente con su régimen de medios y valoración. Obsoletas figuras como la prueba por posiciones son sustituidas por otras más modernas, admitiéndose la utilización de medios de reproducción de sonidos e imágenes y los medios electrónicos modernos.

El Código Procesal Civil y Mercantil comentado presenta una serie de argumentos dedicados a los distintos medios de prueba, refiriéndose en los arts. 396 a 401 a los que con carácter sintético podemos denominar, modernos medios, o medios de prueba tecnológicos, los cuales han constituido uno de los caballos de batalla más arduos de la jurisprudencia de

⁹⁹ El anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil se inicia desde el 2001, atiende a la necesidad de innovación y simplificación de los procesos judiciales en nuestro país. El Boletín hace un extensivo estudio de las reformas que este Código traerá al sistema procesal salvadoreño, y expone las áreas en las cuales se considera que podrían mejorarse, El 20 de diciembre de 2006, en un acto realizado en la Corte Suprema de Justicia se realizó la presentación de la última versión del anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil, el estudio contiene los principales cambios que este sufriría pues el código que está en vigencia aun cuando se hace el estudio data desde 1982, por tal razón hace referencia a las grandes innovaciones que este sufriría las cuales son las siguientes; Introducción del procedimiento oral en la jurisdicción civil, Uniformidad de procedimientos en las distintas jurisdicciones de derecho privado, Impulso de oficio, Publicidad de las audiencias, Sistema de libre valoración de la prueba, basado en las reglas de la sana crítica, hace además una descripción del contenido que presenta el anteproyecto consta de 721 artículos divididos en cinco libros y veintitrés títulos.

los distintos países cuando no contaban con su reconocimiento legal, una laguna que en los últimos años se ha venido subsanando y así desde luego hace el nuevo CPCM con pleno y doble acierto, de un lado hacia esa aceptación de un mundo tecnológico que nos rodea y nos acompaña en una gran cantidad de nuestros actos, tanto en el ámbito personal como familiar como profesional, opta así el legislador por generalizar su uso procesal en todas las contiendas civiles y mercantiles regidas por el Código, no sin cierta cautela a las que ahora se hace referencia, tarea que no se llegó a acometer en ninguna reforma del ya derogado CPC, de otro lado, el Código con prudencia apuesta por una regulación mínima, sin pretensiones de establecer rígidas y enrevesadas ordenes técnicas que podrían entorpecer la efectividad de su tratamiento jurídico.

Los medios de prueba que, aunque de base científica, han sido calificados como documentos y a esa condición ha de estarse, las fotografías, planos, mapas, croquis, u otros instrumentos similares, ya el art.343 CPCM, contempla en esta sección sexta dos tipos caracterológicos de soportes o instrumentos técnicos con valor probatorio, sometidos ambos al mismo régimen.

Así se sostiene en primer término a los que describe como medios de producción del sonido, la voz, los datos o la imagen, art. 396, se habla de amplio espectro de grabaciones y registros audiovisuales, proyectados sobre sonidos e imágenes de la más variada índole y con interés en un proceso concreto. Y, en segundo lugar, los soportes o medios de almacenamiento de datos o de información, magnéticos o informáticos, art. 397 y 398 CPCM, tanto los soportes o aparatos que contienen la información original, desde unidades “c” de computadoras, a una simple cinta de cassette en el que se hubiera grabado una conversación, como aquellos que sirven para copiar y

reproducir esa misma información (disquetes de cd o dvd, unidades externas de almacenamiento).

Hay que tener en cuenta además, que esta clase de soportes no solamente constituyen medios de prueba en sentido estricto, gracias a lo que aquí permite el Código, sino que también puede convertirse en el objeto, de la prueba de un proceso concreto cuando sobre ella también gravita precisamente la pretensión deducida, ejemplo piénsese en una demanda de protección de una marca o patente sobre un programa informático, o un acción de incumplimiento o resolución de contrato por la entrega de un aparato de reproducción audiovisual con defectos de fabricación.

A las garantías del artículo 325 CPCM, se añaden a las reglas que introducen los artículos 397 y 398, en cuanto a la aportación de estos medios de prueba, sea de reproducción del sonido e imágenes, sea almacenamiento de datos, en tal sentido podrá comportar la entrega tanto de soporte, copias de la información, o bien del aparato que contiene el registro original archivado. En el orden de admisión judicial de estos medios de captación tecnológicas de hechos, tanto importará controlar la teoría o potencial pertinencia y utilidad de la prueba, como su solicitud, pues con ningún otro medio de prueba que con estos existe tanto riesgo de una eventual vulneración de derechos fundamentales, tales como el honor, intimidad y propia imagen, especialmente de las partes o de terceros.

Código procesal civil y mercantil: Con la vigencia del CPCM¹⁰⁰ se reconoce y establece en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo IV, Sección Sexta, un catálogo de elementos probatorios de carácter modernos y técnicos, los

¹⁰⁰ Reformas: (2) Decreto Legislativo No.319 de fecha 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 100, Tomo 387 de fecha 31 de mayo de 2010.

cuales el legislador procesal reguló bajo la denominación de medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información. Esta descripción establecida en la parte final del CPCM, se tipifican y conceptualizan dos clases de medios de prueba que se pueden catalogar como modernos medios o instrumentos probatorios tecnológicos, los cuales se encuentran prescritos en los artículos 396 y 397. Esta categorización de medios modernos puede dividirse en:

- a) Medios de prueba de reproducción del sonido, voz o de la imagen;
- b) Medios de prueba de almacenamiento de información.

El Código Procesal Civil y Mercantil actual, en su art 396 y siguientes, se refiere a lo que se puede denominar como modernos medios, o medios de prueba tecnológicos, el Código Procesal Civil Comentado, sienta las bases que ha existido una laguna en los últimos años, la cual con el actual Código Procesal Civil y Mercantil, en teoría debe subsanar, con pleno y doble acierto; de un lado por esa misma aceptación hacia un mundo tecnológico que nos rodea y acompaña en gran cantidad de nuestros actos, tanto en el ámbito familiar como profesional, y así opta así el legislador por generalizar su uso procesal en todas las contiendas civiles y mercantiles regidas por el Código.

Respecto a este tema, en primer término los que describe como medios de reproducción del sonido, voz, los datos o imagen, se puede determinar que se refiere al amplio espectro de grabaciones y rastros audiovisuales, proyectados sobre sonidos e imágenes de la más variada índole con interés en un proceso Instrumentos de captación y reproducción de voz, sonido o fono grabaciones: se incluyen en este grupo, todos aquellos elementos de captación y reproducción de la voz y el sonido mediante registros mecánicos

o magnéticos, sean autónomos o dependientes entre los que se encuentran contestadores de teléfonos fijos, o buzones de teléfonos móviles. Así como otros aparatos de transmisión del sonido como discos gramo fónicos fonográficos en soporte de resinas sintéticas, tipo baquelita, o de sustancias sintéticas, a base de polímeros, tipo plástico, discos compactos (compact-disc), cintas magnetofónicas en soporte de vinilo o de plástico en o sin cassette en concreto.

En segundo lugar, los soportes o medios de almacenamiento de datos o información, magnetos o informáticos, tanto los soportes o aparatos que contienen la información original, como aquellos que sirven para copiar y reproducir esa misma información (disquetes CD o DVD, externas de almacenamiento). En este segundo grupo se comprenden, todos aquellos elementos de captación y reproducción de la imagen mediante registros físicos o químicos entre los se encuentran fotografías en todas la amplia gama de variantes: macrofotografía, fotografía ultrarrápida, con luz monocromática, con luz polarizada, con radiaciones ultravioletas o infrarrojos; diapositivas, transparencias, copias fotostáticas, fotocopias, xerocopias, aplicaciones en el campo de la ingeniería, de la arquitectura, de la medicina, radiografías y gammagrafías, mediante la utilización de las propiedades penetrantes de los rayos equis y gammas; radiofotografías; radiogramas; fotografías radioscópicas; ecografías, mediante la utilización de la reflexión de los ultrasonidos); resonancias magnéticas, mediante la utilización de transiciones inducidas entre los niveles de energía magnética de átomos, iones o moléculas, en sus variantes nuclear o electrónica; fotografías endoscópicas; y otras¹⁰¹

¹⁰¹ Santiago Sentís Melendo, *La Prueba Los Grandes Temas Del Derecho Probatorio*. Ediciones Jurídicas Europa América. (Buenos Aires, Argentina. 1979), 151.

La Constitución, como norma suprema, poco o nada establece, al respecto de los medios de prueba, de ahí que el estudio particular de un medio de prueba, como los medios de captación o de los medios de prueba en general, implica el abordaje de un estudio imprescindible de aquella, lo que permitirá deducir la confluencia o influencia que la norma suprema irradia en el sistema procesal y probatorio. La determinación del papel que desempeña la Constitución en el proceso de la prueba implica la realización de un análisis pormenorizado de preceptos que se configuren como parámetros que garanticen un proceso y los medios de prueba idóneos, esto es los legalmente válidos; esto se deduce, debido a que es la Constitución la norma es fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico.

Lo anterior, conlleva a deducir que la Constitución desde un punto de vista jerárquicamente superior a todo ordenamiento, esto es, desde una geometría piramidal establece las cualidades que ordenan el resto de los cuerpos normativos.

CAPITULO IV

APLICACIÓN DE LEYES EN LOS CONTRATOS REALIZADOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

El capítulo tiene como objetivo principal presentar las diferentes formas de contratación electrónica, así como su evolución e importancia en el comercio internacional y el impacto que este ha tenido en el derecho salvadoreño. Entre algunos de los contenidos más destacados de este capítulo podemos mencionar: Fundamentos para la validez de contratación electrónica, compraventas nacionales e internacionales, teorías aplicables a los contratos electrónicos, además de jurisdicción y leyes aplicables a contratos adquiridos de forma electrónica en el mundo y El Salvador.

4.1 Fundamentos para la validez de contratación electrónica

Los fundamentos para aceptar este tipo de contratación se encuentran en las reglas generales de nuestro Derecho Civil, en especial en el principio de la autonomía de la voluntad y de la libre contratación. Este principio consiste en que “los individuos son libres para regular las relaciones jurídicas sin la intervención del legislador, sin otra limitación que no pueden ir contra la ley imperativa o prohibitiva, el orden público y las buenas costumbre”¹⁰². Este principio de la autonomía de la voluntad alcanza en este caso a los medios o instrumentos. “Las partes pueden utilizar cualquier instrumento que le permita satisfacer sus necesidades y, en el caso de la contratación

¹⁰² R. Abelluk Manasevic, *Las Obligaciones*. Editorial Jurídica. (Santiago de Chile, 1998), 98.

electrónica, los instrumentos utilizados son medios de comunicación y/o medios informáticos”¹⁰³.

En los artículos 651, 652, 653 y 654 del Código Civil¹⁰⁴ se describen los requisitos adjudicados al tradente o a su representante de forma generalizada para la contratación de un bien o servicio a fin de que la tradición sea válida; de ahí que existen diferentes vías de realización de bienes en las que ambas partes por iniciativa de una de ellas o acuerdo mutuos, propician un trato de compra, en caso de aprobación de juez, se dispondrá de una fecha límite para proceder a su realización, si no se lleva a cabo en ese plazo, se suspenderá la ejecución (art. 652).

Una tradición que en un principio fue inválida se puede validar retroactivamente si el tradente o representante hace una ratificación de aquella y el adquirente o su representante da su consentimiento. En la actualidad, se discute muy superficialmente sobre los contratos no presenciales, por lo que se hace necesario definir requisitos de existencia, a fin de que este sea válido y poder obtener su correspondiente firma electrónica, asegurando la emisión de diferentes instrumentos que posean los siguientes aspectos o principios:

1. Autenticidad: Evidenciar el origen de la información que contiene un documento fijado en un soporte electrónico determinado. Esa autenticidad viene dada mediante la stampa de la firma del autor del documento, sin importar el soporte utilizado¹⁰⁵. En el artículo 334 del Código Procesal Civil

¹⁰³ H Carrasco Blanco. *Contratación electrónica y Contratos informáticos*. Editorial La Ley (Santiago de Chile, 2000). 92.

¹⁰⁴ Código Civil de El Salvador, Decreto Ejecutivo de fecha diez de abril del año mil ochocientos sesenta, fecha de publicación el primero de mayo de dicho año en Gaceta Oficial número 85, Tomo 8, de fecha catorce de abril del año antes citado.

¹⁰⁵ Alfonso Díaz Rodríguez, *El concepto de Documento Electrónico y su Validación*, obcit, Pág. 6. Para validar la firma electrónica, se deben cumplir una serie de elementos de

y Mercantil¹⁰⁶ explica que los instrumentos públicos son auténticos, lo que cambia al demostrarse lo contrario. Asimismo, en el artículo 7 del Anteproyecto de Ley para la Regulación del Comercio Electrónico inciso primero establece:

“Cuando una ley requiera la firma de una persona o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, ese requisito quedara satisfecho en relación con un documento digital o mensaje de datos, si este ha sido firmado digitalmente y la firma digital cumple con los requisitos de validez establecidos en la presente ley”¹⁰⁷, esto quiere decir que es suficiente un documento digital o mensaje de datos firmado digitalmente por la persona que lo emite para que se considere válido, por esto, resulta implícita la autenticidad al evidenciarse la firma del autor estampada o plasmada dentro del documento emitido electrónicamente.

2. Integridad: La información contenida en el documento electrónico debe garantizar que no sufran ninguna alteración durante la transmisión entre los sistemas de la misma organización en el que se generó¹⁰⁸. El artículo 10 de la Ley para el Reconocimiento de las comunicaciones y Firmas Electrónicas de Guatemala¹⁰⁹, permite definir criterios para asegurar que

seguridad, de esta forma, los datos o información electrónica podrá ser usado como medio de identificación del firmante, esto es, la firma electrónica.

¹⁰⁶ Código Procesal Civil y Mercantil. Artículo 334: “Los instrumentos públicos se considerarán auténticos mientras no se pruebe su falsedad”. Para la impugnación de documentos o instrumentos públicos, debe considerarse que las partes han de pronunciarse acerca de documentos aportados de contrario en la audiencia previa, en la que ha de manifestar si los admite, impugna o reconoce o en su caso, propone prueba acerca de la autenticidad.

¹⁰⁷ Anteproyecto de Ley para la Regulación del Comercio Electrónico, Documentos y Firma Digital de El Salvador. Fecha de presentación de anteproyecto de Ley 26 de Julio de 2010. Artículo 7.

¹⁰⁸ Alfonso Díaz Rodríguez, *El Concepto de Documento Electrónico y su Validación*, obcit, Pág. 7. Se debe vincular al autor de la firma electrónica a los datos firmados para que tales, sean de uso exclusivo del firmante.

¹⁰⁹ Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas de Guatemala. Decreto 47-2008, Fue publicada en el diario oficial el 23 de septiembre de 2008. Artículo 10:

la información no ha sido alterada al ser transmitida o archivada, así mismo, se afirma que para la interpretación del documento electrónico, se debe hacer bajo el principio que se señala, por esto, se garantiza que el documento enviado corresponda al mismo que es entregado y firmado electrónicamente y si llegase a existir alguna alteración en él, o se considere que ha sido modificado, se pueda corroborar mediante la firma dichos cambios, facultando al interesado del documento.

3. Originalidad: El documento debe conservar el formato en que se elaboró, para que la información pueda ser consultada y corroborada, con el objetivo de demostrar que se reproduce con integridad y completo sin alteraciones o modificaciones; el soporte debe estar archivado y accesible para las disposiciones legales, el artículo 13 de la Ley de Firma electrónica de nuestro país¹¹⁰ establece que deben cumplir con los requisitos dispuestos en la ley.
4. No repudiación: Garantiza que cuando un mensaje ha sido suscrito con firma electrónica certificada, no puede ser repudiada su autoría por el iniciador. Está referido al sujeto responsable del mensaje y es esencial para el comercio electrónico. El no repudio se convierte en un documento legal, cuando una de las partes en un negocio tiene que responder a la

“Se considerará que la información consignada en una comunicación electrónica es íntegra, si atiende a los criterios siguientes: a) Esta se ha mantenido completa y sin alteraciones que no sean la adición de algún endoso o algún cambio sobrevenido en el curso normal de su transmisión, archivo o presentación; b) El grado de fiabilidad requerido se determinará teniendo en cuenta la finalidad para la que se generó la información, así como todas las circunstancias del caso”.

¹¹⁰ Ley de firma electrónica, Decreto Legislativo 133, de fecha uno de octubre de dos mil quince, publicado en el Diario Oficial 196 de fecha veintiséis de octubre del año expuesto, Art 13.

otra¹¹¹. Entra aquí el Principio de No Repudio para la interpretación del documento electrónico. Este principio explica que cuando se firma el documento, quien lo hace está de acuerdo con el contenido del mismo, por lo que se entiende que el autor está manifestando que su voluntad, es la que ha consignado en el documento electrónico, no pudiendo negarse a los efectos que de este se derivan. Con respecto a la seguridad digital es un servicio que proporciona pruebas de integridad y origen de datos con su debida autenticación.

En estos casos se requiere de una tercera parte ajena a las otras dos, que certifique que la clave pública es de quien dice ser. Esta tercera parte que interviene en la comunicación se denomina tercera parte confiable o autoridad certificante, y actúa como una suerte de notario cibernético, que registra la clave pública de los usuarios que se inscriben en su registro y certifica la clave pública.

5. Equivalencia funcional: Cualquier mensaje de datos que contenga una firma electrónica certificada tiene la misma validez jurídica que uno emitido de forma convencional, no importando su medio de transmisión o almacenamiento¹¹²; Sin embargo, quedan excluidos aquellos documentos o actos jurídicos que para su perfeccionamiento requieran formalidades y solemnidades especiales¹¹³.

¹¹¹ Carlos Ernesto Gaitán Cortez, Martha María Guzmán López y Vicente Alexander Rivas Romero, "Relaciones Contractuales en Internet y su Desprotección por la falta de Legislación de Comercio Electrónico" (tesis pregrado, Universidad de El Salvador, 2003), 184.

¹¹² Art. 4 de La Ley de Firma Electrónica, contiene este principio el cual en contenido enuncia y explica que "consiste en observar en los documentos archivados y comunicados de manera electrónica, aquellos requisitos que son exigidos en los documentos presentados por escrito y consignados en papel, con el fin de determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones".

¹¹³ Art. 7 de la Ley en cita, enuncia que "se someterán al régimen legal de los originales y

6. Neutralidad tecnológica: No debe existir ningún tipo de discriminación entre las diferentes tecnologías, sin embargo, debe asegurar un tratamiento regulador igualitario entre las comunicaciones electrónicas evitando un cambio en el marco jurídico en función de la tecnología utilizada para la prestación del servicio.

El desarrollo tecnológico ha dado lugar a procesos de convergencia que a la vez han requerido de una reforma de la regulación de comunicaciones electrónicas¹¹⁴.

5. Seguridad: Para la concreta comunicación y durabilidad del documento electrónico, estos deben asegurar como mínimo los siguientes aspectos¹¹⁵:

a) Los documentos que debe generar cada proceso de gestión, así como la información que sea necesaria incluir en el documento.

b) La forma y la estructura en que los documentos deben ser creados para su incorporación al sistema, de modo que se cumplan los requisitos necesarios para su uso, recuperación y transmisión de documentos durante los procesos administrativos o por otros posibles usuarios, así como los plazos de conservación que sean necesarios.

c) La conservación de los documentos¹¹⁶. Al respecto de la conservación del documento electrónico, el artículo 13 de La Ley de Firma. Electrónica,

podrán ser impugnados de la misma manera que éstos”.

¹¹⁴ Art. 4 de La Ley de Firma Electrónica, define “Sustenta la no discriminación entre tecnologías, en la medida que ellas consistan en medios seguros a través de los cuales sea posible dar cumplimiento a las funciones que le impone la ley.

¹¹⁵ Ibid. 9

explica que si la ley necesita o requiere que los documentos, registros e informaciones deban ser conservados, se hará cuando se cumplan tres condiciones las cuales son:

1. Que la información sea accesible para ser consultada en un futuro.
2. Que se conserve en el formato en que fue generado, enviado o recibido, o a través de un formato que reproduzca su contenido de forma exactamente como fue generado, enviado o recibido. De esta manera, se conserva y mantiene seguro el documento en cuestión, asegurando también su integridad por un período de tiempo determinado. Algunas formas de conservación de la información pueden ser mediante la utilización de CD-ROM, disquetes, memorias Flash y otros medios de almacenamiento masivo de información, siempre que sean de aquella que se utilicen de forma digital, en donde puede guardarse un documento o archivo, garantizando con ello su integridad y seguridad.
3. Que se mantenga íntegro, completo y sin alteraciones todo dato para determinar el origen y destino del mensaje, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido¹¹⁷.

¹¹⁶ *Ibíd.* 10. Deberá preservarse la conservación del documento, de modo que se asegure su integridad y accesibilidad con el paso del tiempo, así como su conservación en entornos seguros y que se conservarán durante el tiempo o período establecido o necesario, pudiendo, asimismo, ser eliminados si es requerido.

¹¹⁷ Art. 13 de La Ley de Firma Electrónica, explica: “Si la ley exige que la información contenida en un mensaje de datos conste por escrito, ese requisito se dará por cumplido, si la información que contiene el mensaje de datos está disponible para una consulta posterior”.

4.2 La jurisdicción y ley aplicable a los contratos de compraventa internacional en internet

4.2.1 Compraventas nacionales e internacionales por internet

El régimen jurídico de la compraventa en internet no es nada claro. Actualmente existe un panorama en el cual la seguridad transaccional, es para muchos inapropiada, y para otros desconocida. Existe total incertidumbre en cuanto al derecho y jurisdicción aplicable a estos contratos. Se percibe un temor global de parte de los empresarios, abogados y demás personas en general, acerca de la validez de los mensajes electrónicos.

Muchos otros temas, como privacidad y criptografía, firmas digitales, autoridades certificadoras, protección a los derechos del consumidor y medios de pago electrónico, son totalmente desconocidos por la mayor parte de los abogados, lo que produce angustia e inseguridad en las personas, y reduce el desarrollo de actividades que permitan una evolución aún mayor del comercio electrónico. Billones o trillones de dólares que fluyen cada día, justifican la necesidad de crear normas que procuren evitar conflictos, por las actividades realizadas en internet. Es imposible en la época actual definir inequívocamente cuales son las reglas que se deben aplicar a la contratación internacional por internet, con respecto a la jurisdicción y ley que les sea aplicable.

Sin embargo, ya varios juristas de diversas tradiciones legales han determinado su posición al respecto, lo cual lógicamente vendrá poco a poco a aclarar el panorama legal. Ahora bien, cabe explicar que a inicios de la década de los noventa ya en Estados Unidos varios juristas alzaron su voz de preocupación en cuanto al tema de la jurisdicción y ley aplicable a los

contratos realizados vía redes informáticas. Sin embargo, no es hasta hoy en día, cuando el acceso a internet es posible para más de 500 millones de personas, cuando el mundo percibe la necesidad de encontrar una solución al problema.

Es ahora, cuando surgen al menos tres diferentes perspectivas al tema que nos ocupa, las cuales nos presentan posibilidades disímiles entre sí para analizar esta materia, dichas perspectivas son:

Tesis de la no intromisión: La primera posición que se debe analizar es la de quienes consideran a la internet como un espacio virtual, sin fronteras geográficas, que debe ser regulado por los distintos gobiernos de la menor forma posible, ya que por su naturaleza intrínseca no pertenece a nadie y por lo tanto ningún Estado tiene la potestad de arrogarse facultades de dominio ni control sobre los acontecimientos que se suscitan en un mundo de “bits”.

El tema de la jurisdicción y ley aplicable a la contratación “en línea”, no debe complicarse asumiendo posiciones en las cuales los Estados deben regular y controlar este floreciente mundo virtual. Los autores mencionan que los límites físicos, “no son simples creaciones arbitrarias”, aunque estos límites pueden ser basados en espacios geográficos y otras consideraciones, de igual modo debe también tomarse en cuenta aspectos lógicos para determinar las bases legales bajo las cuales se definen los diferentes ámbitos divisorios o espacios dentro de los cuales un gobierno podrá emitir normas vinculantes para un conglomerado de ciudadanos que conviven en un espacio físico delimitado. Estas reglas son:

- a) Poder: Este implica un control sobre el espacio físico, las personas y las cosas que se encuentran en ese espacio, lo cual es un atributo definitivo de soberanía y poder Estatal. La creación de leyes requiere mecanismos para su aplicación, los cuales dependen de la habilidad de ejercer un control físico para imponer sanciones coercitivas a quienes violentan las leyes.
- b) La Manifestación de los Efectos: La interrelación entre los límites físicos y las fronteras del espacio legal, reflejan una enraizada relación entre proximidad física y los efectos de una actividad de los sujetos. Esto implica que la legislación de un país solo manifiesta sus efectos en los sujetos que se encuentren bajo una proximidad física suficiente o bajo sus límites estatales, lo cual obliga a los sujetos a someterse a dicho sistema legal, ya que en nada afecta a un sujeto las determinaciones legales que se tomen en un alejado Continente.
- c) Legitimación: Generalmente se aceptan las nociones de que las personas dentro de un ámbito territorial definido son sujetas a las imposiciones de las autoridades de su región basadas en la ley. “El consentimiento de los gobernados” implica que quienes están sujetos a un conjunto de normas jurídicas, deben tener un rol importante en la formulación de dichas normas. Para que esto suceda, quienes sean obligados a actuar bajo ciertos parámetros legales, deben encontrarse en un límite físico-geográfico determinado.
- d) Posibilidad de Información: Los límites físicos, son apropiados para delimitar el ámbito legal de la zona a que este se aplique. Así, se puede efectivamente informar a quienes se encuentren en ese territorio, los cambios en la legislación que puedan llegar a ocurrir.

El ciberespacio que surge de internet y cualquier otro sistema de comunicación entre computadoras, ya sea público o privado, presenta una ausencia de límites territoriales, lo cual define por qué los Estados no pueden pretender un control sobre los actos que se realicen dentro de ese ámbito. El surgimiento de una red global de enlace de computadoras destruye el vínculo entre la localización geográfica así;

1- El poder de los gobiernos locales para ejercer un control sobre el comportamiento “en línea” de los sujetos; 2- los efectos de las leyes en los actos realizados en internet; 3- la legitimación de los esfuerzos de un gobierno local para aplicar normas jurídicas, en un complejo fenómeno global; y 4- la habilidad para informar los cambios en la legislación aplicable. Los autores David Johnson y David G. Post, abogados estadounidenses de la Universidad de Stanford y autores de la obra “*Law and Borders. The Rise of Law in Cyberspace*”¹¹⁸; afirman que, el ciberespacio no posee límites geográficos ni territoriales, pues el costo y la velocidad de la transmisión de mensajes en la red, es independiente de la localización física. Los mensajes pueden ser transmitidos de una localización a otra, sin retraso y ningún tipo de participación de límites o fronteras geográficas.

La red, permite la existencia de transacciones entre sujetos que no se conocen, y en muchos casos, no pueden conocer la localización geográfica del otro individuo. La localización, sigue siendo importante, pero desde un punto de vista virtual, considerando la “dirección” de las máquinas, entre las que se traspasa la información. Es frecuentemente imposible determinar la localización física de un usuario de internet. Para Dan L. Burk, autor del libro

¹¹⁸ David Johnson y David G. Post. Abogados norteamericanos de la Universidad de Stanford, Illinois, autores de la obra “*Law and Borders. The Rise of Law in Cyberspace*”

*“Jurisdiction in a world without borders”*¹¹⁹, los protocolos de internet no fueron diseñados para facilitar la dirección geográfica de los usuarios.

En internet, las máquinas sí poseen direcciones, pero estas localizan aquellas en el ciberespacio, y no en el espacio real. Aunque muchas direcciones de internet incluyen también identificadores geográficos (ejemplo, Guatemala.com.gt; para Guatemala, minegocio.co.cr, para Costa Rica, o mybusiness.co.uk para Inglaterra), esto no siempre demuestra la realidad de la localización física de la computadora, la cual puede cambiarse de lugar, y mantener la designación. Además, muchos indicadores, no contienen referencia a ningún país, como los son las direcciones con .com, .net., .org, etc. No existe por tanto una coherencia entre las direcciones en el ciberespacio y el mundo real.

Para David Johnson y David G. Post, ya citados, los límites físicos no pueden funcionar como signos que informen a los individuos, de las obligaciones que adquieren al entrar en un nuevo ámbito legal, pues los sujetos desconocen la existencia de dichos límites cuando viajan por el espacio virtual.

El crecimiento de un nuevo medio electrónico que desconsidera los límites geográficos representa para los autores en comento, el que el derecho se vea en un complejo panorama que crea un fenómeno que necesita ser objeto de regulación, pero que no puede ser gobernado satisfactoriamente, por ninguna autoridad basada en conceptos territoriales. Los autores mencionados sostienen, que muchos de los problemas jurisdiccionales que surgen debido a las comunicaciones electrónicas transfronterizas, pueden ser resueltos con una simple premisa: considerar al ciberespacio como un

¹¹⁹ Dan L Burk, *Jurisdiction in a world without borders*, (Virginia: University of Virginia, 1997), www.findlaw.com.

sitio distinto, realizando un análisis en el cual se reconoce legalmente la diferencia entre el ciberespacio y el mundo real.

Con ello la pregunta no será ¿adónde se producen geográficamente las actividades del ciberespacio?, sino cuales reglas serán las más apropiadas en un nuevo mundo, y cuales mecanismos existentes o no, deban ser desarrollados para determinar el contenido de las reglas que deben ser adoptadas para su implementación.

Existen cuatro modelos que compiten para regular las actividades de la red. 1- Control por parte de los foros judiciales ya existentes; 2- un tratado internacional, que regule el ciberespacio; 3- la creación de una Organización Internacional, que específicamente lidie con los problemas de Internet; y 4- un autogobierno de los mismos usuarios de Internet. Para Johnson y Post, los tres primeros no pueden solucionar el problema, por la dificultad que representaría su implementación efectiva, por lo que la opción a seguir es el autogobierno de los usuarios de Internet, sea esto un gobierno descentralizado de dicha red.

Al comparar el desarrollo de internet al desarrollo de la “*Lex Mercatoria*” (reglas que se difundieron en la Edad Media, entre los comerciantes para resolver sus conflictos, a parte de la regulación de los gobiernos). Los comerciantes no podían resolver sus problemas mediante las decisiones de los nobles, pues la ley feudal solamente resolvía problemas con respecto a la tierra. Por ello los comerciantes crearon sus propias reglas, las cuales no violentaron ni afectaron las leyes existentes. Esto mismo parece suceder con el ciberespacio.

La aplicación de nuevas reglas ni tiene porqué afectar las leyes tradicionales. Consideran dichos autores, que se está ante un fenómeno similar a la Lex Mercatoria. Los gobiernos no pueden detener el libre flujo de las comunicaciones fuera de sus fronteras, por más que sea su intención, y es por ello que no hay otra alternativa que la autorregulación. Puede notarse que la posición de los autores mencionados, a los que se unen muchos otros, va encaminada a la no-intromisión de los Estados en el ámbito del ciberespacio, ya que, los Estados no pueden controlar actividades que se realizan fuera de su marco territorial. El poder de “Leviatán” desaparece, y se crea una dependencia en la regulación que los propios usuarios de la red determinen en cada campo. Es lógico que esta posición ha sido muy atacada, y no podemos considerar que realmente sea válida en todos sus sentidos¹²⁰. Lo importante es determinar, que, con esta posición liberal, se crea un nuevo paradigma, la visión del derecho como un mecanismo de aplicación por parte de los particulares y no de entidades centralizadas. Esto crea un panorama diferente en cuanto a la perspectiva tradicional de la ley y jurisdicción aplicable a los actos de los sujetos.

En el caso, de una compraventa vía internet, desde esta perspectiva, sería regulada por los mismos sujetos que la realizan. La utilización de mecanismos de seguridad, autenticación y certificación digital, definirían el método bajo el cual se presentaría la contratación, ya fuera nacional o internacional. Al estar con una transacción realizada en un espacio distinto, entonces por más que los individuos estuvieran físicamente localizados en un mismo ámbito territorial, la operación es por sí sola extra nacional, no puede ser regulada por las naciones, sino por los mismos usuarios.

¹²⁰ C.E Gaitán Cortez, y otros. “Relaciones contractuales en internet y su desprotección por la falta de legislación de comercio electrónico” (tesis pregrado, Universidad de El Salvador, 2003), 252.

Tesis de la intervención estatal: En el otro extremo, se tiene la posición radical, de que el ciberespacio no es más que un nuevo medio de comunicación, y al igual que los demás, debe y puede ser regulado por los Estados y las diferentes jurisdicciones mundiales. En Estados Unidos, el fiscal de Minnesota es quizás, la figura que mayor aplicación ha dado a esta teoría, llegando a los extremos que las críticas a su actuación han sido constantes por parte de abogados, fiscales y jueces de todo el resto de ese país. Su posición, aunque sustentada en la ley estadounidense, es símbolo de preocupación a nivel mundial, pues el tomar como válidos los criterios de dicho fiscal, llegaría a perjudicar en mucho, al comercio electrónico y las actividades realizadas en el ciberespacio. El fiscal de dicho Estado ha tomado una posición en la cual aquellos individuos que realizan operaciones comerciales a través de Internet, ya sea mediante correos electrónicos, o a través de *www*, están sujetos a la jurisdicción de Minnesota si esa información puede ser observada por los residentes de ese Estado.

El fiscal ha establecido procesos legales, en contra de residentes de otros Estados, en relación con actividades “en línea” de éstos, que resultaban ser para el fiscal dañinas para los residentes de Minnesota¹²¹. Las supuestas conductas ilícitas por las cuales se levantó causa en contra de los sujetos son: 1- supuestas manifestaciones falsas en Internet acerca de los beneficios de ser germano; 2- la supuesta venta de información, en internet acerca de cómo ahorrar dinero utilizando estampillas de dos centavos en vez de estampillas de treinta y dos centavos; 3- un sitio de servicios crediticios que supuestamente recomienda el uso del número de identificación de patrono, en vez del número de carné del seguro social para solicitar créditos; 4- un supuesto negocio de “pirámides” (son ilegales en Estados Unidos) para hacer

¹²¹ Ibid. 257

dinero fácil; 5- un anuncio en una página web, de una compañía que planeaba realizar actividades de apuestas en línea.

Además de estos casos, dicho fiscal llevó ante las Cortes Judiciales varios otros supuestos delitos, lo cual evidencia la intención de adjudicarse la potestad de controlar todo el material que a su particular opinión afecte los intereses de los residentes de Minnesota.

Las teorías intermedias: Contrario a las dos anteriores tesis extremistas, muchos otros autores han determinado sus propias consideraciones de lo que representa el tema de la jurisdicción de los actos realizados en internet. Puede decir que esta posición se compone de todas las manifestaciones de muchos autores que simplemente, no han ido a los extremos, y definen características importantes para la regulación de internet, las cuales se muestran dependiendo de cada acto en específico. Por ello debemos remitirnos a distintas posiciones de varios autores, para comprender estas teorías intermedias.

Los tipos de jurisdicción aplicables a las operaciones en el ciberespacio que se conocen son los siguientes:

- a) Jurisdicción legislativa: Como se ha visto, la jurisdicción legislativa implica la posibilidad de los Estados de emitir leyes sustantivas y procesales aplicables a individuos, y circunstancias particulares entre los que se encuentra el Internet, resaltando nuevas características de los principios que se derivan de este tipo de jurisdicción.

b) Principio de territorialidad: En el ámbito del ciberespacio, este principio permite a un Estado el poder ordenar a un proveedor de servicios de internet que opera en su territorio, que obedezca las reglas establecidas por ese Estado. Puede incluso impedir el acceso desde su territorio a ciertos sitios web determinados, que considere nocivos o ilegales.

Los Estados tienen la potestad de controlar actividades que se realicen en su territorio, aunque estas no se limiten al territorio nacional, y aún que el control sea poco efectivo. Un ejemplo de lo anterior se presentó en Alemania, en donde una empresa proveedora de servicios de internet, T-Online perteneciente a “Deutsche telkom”, bloqueó el acceso en la www al sitio de Ernst Zündel, un Neo-Nazi, con su servidor en Toronto, Canadá, pues la Fiscalía advirtió estar realizando investigaciones en su contra por supuesta colaboración con la incitación al racismo.

Se debe tomar en cuenta que, en el Derecho Internacional, los Estados podrían incurrir en responsabilidad internacional, si permiten la utilización de su territorio para actividades dirigidas en contra de otros Estados, por lo que se fundamenta el prohibir el acceso a sitios web basado en criterios de territorialidad.

Otro caso importante que se presentó en Francia, cuando bajo este principio, se permitió al gobierno francés, el forzar al instituto de tecnología de Atlanta Georgia, el cambiar el contenido de su sitio, al idioma francés, y no al inglés.

El instituto se presentó en los tribunales de París en 1997, pues su sitio web, se encontraba en Francia y ofrecía información en inglés, sobre cursos que pretendía ofrecer en sus instalaciones en Francia.

c) Principio de nacionalidad: El derecho de los Estados de regular las conductas de sus ciudadanos o nacionales en el mundo, es poco controversial. Este principio es aplicable tanto a personas físicas como jurídicas, por lo que muchas veces los proveedores de servicios de internet y los mismos usuarios, se verán obligados bajo las leyes de su propio Estado, el cual posee jurisdicción para ciertos actos.

Los Estados deben respetar el orden internacional a la hora de aplicar criterios jurisdiccionales, evitando violentar la soberanía jurídica y territorialidad de las otras naciones, pero como ya se ha explicado, si además de la nacionalidad, se presentan otros elementos que definan que un Estado es el foro apropiado para juzgar un caso y aplicar su normativa, no existiría una violación internacional si algún Estado se adjudicara jurisdicción sobre actividades realizadas por sus ciudadanos en el exterior.

d) Principio de efectos del acto: El primer caso, que contiene un elemento internacional, se presentó en Estados Unidos, y es conocido como Playboy Enterprises contra Chuckleberry Publishing Inc¹²².

Aunque, es un caso de derechos de marcas, y no de contratación internacional, representa una importante referencia para notar la aplicación del principio de efectos del acto en las actividades internacionales realizadas en el ciberespacio. En este caso, un individuo publicó y distribuyó desde su servidor en Italia, gráficos de mujeres desnudas y escenas de sexo explícito a los “netizens”¹²³, incluyendo a los ciudadanos norteamericanos, utilizando la marca “playmen”. Los usuarios debían pagar una cuota mensual, por lo

¹²² Enterprises, Inc. V. Chuckleberry Publishing Inc, *Internet Library of Law and Court Decisions*, www.internetlibrary.com.

¹²³ Contracción de la palabra inglesa Citizen (ciudadano) e Internet. Es el término que se usa para denominar a los usuarios de internet.

que el individuo sabía que sus actividades se presentaban en varias jurisdicciones incluida la de Estados Unidos.

La Corte determinó que la distribución de ese material en los Estados Unidos era una violación a una orden de hacía quince años, en la cual se prohibía la utilización de la marca “playmen” por otra compañía que no fuera su propietaria (sea este playboy). Sin embargo, la Corte consideró que al ser internet un fenómeno mundial, accesible desde cualquier lugar del mundo, al demandado no se le podía prohibir la operación del sitio por el sólo hecho de que éste sea posible de acceder en un país que contenga algún tipo de prohibiciones hacia el contenido del sitio, ya que afirmar lo contrario sería aprobar que todas las cortes del mundo tienen jurisdicción sobre toda la información de la www.

Por ello, la Corte decidió que, aunque no tenía jurisdicción para prohibir la utilización de la marca en internet, si podía prohibir el acceso al sitio desde Estados Unidos. Por ellos al demandado se le prohibió la distribución de sus gráficos bajo la marca “playmen” en Estados Unidos.

e) Jurisdicción judicial: Para que un Estado pueda juzgar a un individuo, deben existir elementos suficientes que permitan ejercer jurisdicción. En los casos de actividades en internet, el principio de universalidad es la excepción, pues, aunque no existan elementos que relacionen al Estado con los hechos, cualquier país pueda aplicar su normativa y juzgar a quienes amenacen la dignidad humana con sus manifestaciones.

Ya se ha visto que el juez deberá tomar en cuenta los contactos relevantes en los contratos, siendo estos, el lugar de contratación, el lugar de la negociación o perfección del contrato, el lugar de la creación del punto

central del contrato, el domicilio, residencia, nacionalidad, lugar de incorporación o trabajo de las partes. Todos estos criterios ayudarán a los jueces para considerar que se tiene jurisdicción para juzgar un caso específico que se presente respecto a contratación por internet.

f) Jurisdicción ejecutoria: Los Estados requieren de la autorización de otras naciones para poder realizar actividades de policía fuera de su territorio, por lo que además de tener jurisdicción para crear las leyes que aplicará, deberá contar con el permiso de otros Estados en donde pretenda efectuar operaciones para ejecutar su ley. En cuanto a las ejecuciones de sentencias, cada caso particular se resolverá de acuerdo con sus circunstancias.

Si el sujeto cometiera un delito en internet, y se encuentra en el mismo territorio del país que lo juzgó, no existirá ningún problema si, por el contrario, el sujeto se encontrara afuera de éste se requeriría un acuerdo entre los Estados para la extradición del individuo. Por lo tanto, los principios de territorialidad, nacionalidad, universalidad, efectos del acto y seguridad nacional, son importantes bajo el ámbito de la jurisdicción ejecutoria, en las actividades realizadas por los individuos en Internet¹²⁴.

4.3 Medios de prueba para la eficiencia de procesos civiles y mercantiles

Como prueba en el derecho subjetivo procesal, como toda una actividad del proceso dirigida a la obtención de datos relevantes para la comprobación de los hechos litigiosos. Sin embargo, es indispensable observar dicha

¹²⁴ Ibid. 260

concepción desde un segundo plano en el cual se contempla en función de su resultado, la prueba equivale a un estado de convicción psicológica del juez por lo que este cree, sin ninguna duda razonable, que los hechos han sucedido de modo como se desprende la actividad probatoria. Excepcionalmente, sin embargo, la fijación de la certeza vendrá impuesta por la ley dado el valor tasado o preeminente del medio utilizado, en cuyo caso la convicción judicial será irrelevante, aunque siempre se necesita el control del juez para *adverar* (dar autenticidad o validez a un documento o firma) la corrección de lo practicado.

La prueba, en fin, también se utiliza como sinónimos de los soportes, medios o instrumentos, humanos e inanimados, que sirven para trasladar la versión de la realidad a los autos, esto es, los llamados medios de prueba. Como veremos, todas esas acepciones están presentes en la ley y de acuerdo al contexto de cada norma se emplea una u otra. El Código Procesal Civil y Mercantil modifica sustancialmente la forma del desarrollo del proceso, debido a que establece figuras procesales como la prueba mediante grabaciones que describe el artículo 396¹²⁵, que advierten inexperiencia en su aplicación, situación que implica el abordaje de estudios que brinden los instrumentos necesarios, para que, en su momento se puedan aplicar de forma efectiva, esto se debe a que el proceso en la actualidad, le sigue una fase concentrada, posterior a la etapa de preparación que regula el CPCM en el artículo 292, mediante la cual se realiza la práctica de la prueba, con una carga mucho mayor de las partes en la facilitación al órgano judicial de los tramites de citación de peritos, testigos y demás en cumplimiento de un acendrado principio de lealtad y probidad ‘procesales’¹²⁶.

¹²⁵ Artículo 396. establece que “Los medios de reproducción del sonido, la voz, los datos o la imagen podrán ser propuestos como medios de prueba”

¹²⁶ Código Procesal Civil y Mercantil, Artículo 292. “La audiencia preparatoria servirá, por

En este ámbito se puede decir con gran acierto que entre las instituciones procesales que han generado una amplitud y modificación se encuentra la prueba, debido a que el ciudadano que solicita la defensa de sus intereses mediante la composición de un conflicto de interés irresuelto, puede perfectamente y bajo apego al principio de legalidad que regula el CPCM en el Art. 3¹²⁷, probar su pretensión en audiencia, por cualquier medio probatorio, que constituya antecedente de perfección, de actos o negocios jurídicos, de una relación jurídica sustantiva incumplida¹²⁸.

La probabilidad de probar, mediante cualquier medio inclusive medios técnicos de captación de información, se configura en la libertad probatoria o derecho de probar de las partes que regula el artículo 312 CPCM, dentro de una relación jurídica procesal, en la que se discute una relación jurídica insatisfecha o una pretensión derivada de un acto, hecho y/o negocio

este orden: para intentar la conciliación de las partes, a fin de evitar la continuación innecesaria del proceso; para permitir el saneamiento de los defectos procesales que pudieran tener las alegaciones iniciales; para fijar en forma precisa la pretensión y el tema de la prueba; y para proponer y admitir la prueba de que intenten valerse las partes en la audiencia probatoria como fundamento de su pretensión o resistencia.

¹²⁷ Vid. Código Procesal Modelo para Iberoamérica, Historia Antecedentes, Exposición de motivos, Fundación de Cultura Universitaria, segunda edición, Montevideo, junio 1997, cit., por: ESCRIBANO MORA, F. La Prueba en El Proceso Civil, obcit., p. IX. Hay que advertir que estas modificaciones o novedades tienen un entronque común el cual es el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (CPCMI), aprobado en Rio de Janeiro en 1988, el cual contiene las bases para la reforma y que goza del consenso generalizado en Latinoamérica, y en cuyo tenor se han ido reformando los procesos civiles, ya que, introduce un cambio absoluto que atiende a las características siguientes "...una fase concentrada, es decir que sigue a la de saneamiento y fijación del objeto del debate, de práctica de la prueba, con una carga mucho mayor de las partes en la facilitación al órgano judicial de los tramites de citación de peritos".

¹²⁸ Código Procesal Civil y Mercantil, Artículo 3. "Todo proceso deberá tramitarse ante juez competente y conforme a las disposiciones de este código, las que no podrán ser alteradas por ningún sujeto procesal. Las formalidades previstas son imperativas. Cuando la forma de los actos procesales no esté expresamente determinada por ley, se adoptará la que resulte indispensable o idónea para la finalidad perseguida".

jurídico, que dentro del proceso se concibe como el objeto de discusión o del litigio. La prueba en este contexto desde una concepción racional constituye y se concibe como un solo elemento que contiene y suministran información empírica que sustenta la actividad probatoria y al resultado de ésta, la cual es lograr el convencimiento del juzgador¹²⁹.

En este campo, el CPCM en el artículo 330 ha tipificado un catálogo abierto y general de medios de prueba en los que se pueden adecuar por el principio de libertad probatoria medios no previstos explícitamente en la ley, siempre y cuando estos sean lícitos, es decir aquellos adquiridos sin vulnerar derechos fundamentales y con apego al procedimiento establecido en la ley¹³⁰.

Esta reacción general del sistema probatorio establecido en el CPCM, no excluye los medios de prueba tradicionales entre los que se encuentran:

1) Los documentos (arts.375-389)

a) Públicos

b) Privados

2) Los medios de prueba personales entre los que se prescriben

a) La declaración de parte (arts. 344-353)

b) La prueba testifical (arts. 354-374)

c) La prueba pericial (arts. 375-389)

d) El reconocimiento judicial (arts. 390-395)

¹²⁹ Código Procesal Civil y Mercantil, Artículo 312. “Las partes tienen derecho a probar, en igualdad de condiciones, las afirmaciones que hubieran dado a conocer sobre los hechos controvertidos que son fundamento de la pretensión o de la oposición a ésta; a que el juez tenga en cuenta, en la sentencia o decisión, las pruebas producidas; y a utilizar los medios que este código prevé, así como aquéllos que, dada la naturaleza del debate, posibiliten comprobar los hechos alegados.”

¹³⁰C Meneses Pacheco, “Fuentes de Prueba y Medios de Prueba en el Proceso Civil”, en Revista Ius et Praxis, n. 2 (2008): 43.

Entre ese catálogo de medios de prueba se encuentran los modernos medios o instrumentos probatorios tecnológicos, que son admisibles siempre y cuando no trasgredan la moral o la libertad personal de las partes procesales, así lo prescribe el artículo 330 inciso 2º del CPCM¹³¹, los cuales son consecuencia de los avances de la ciencia y de la tecnología¹³², y que constituyen una novedad en el CPCM debido al reconocimiento explícito que se les da en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo IV, Sección Sexta parte final, artículos 396 al 401 y que se denominan medios de reproducción del sonido, voz e imagen y almacenamiento de información.

En la Sección sexta del Libro Segundo, Título Segundo, se identifican dos clases generales de medios técnicos, entre los que se encuentran los medios de captación y los medios de almacenamiento, los cuales están sometidos al mismo régimen, con la variante en que los primeros incursionan en esferas jurídicas protegidas por la Constitución de El Salvador en el artículo 2 inciso 2¹³³.

El argumento anterior, deduce, la observancia de la eficacia en torno a los medios de captación que enmarca la descripción de medios de reproducción del sonido, la voz, los datos o la imagen, que regula el artículo 396 del CPCM, el cual literalmente establece que: “Los medios de reproducción del sonido, la voz, los datos o la imagen podrán ser propuestos como medios de prueba”; descripción y clasificación que configura una amplia gama de grabaciones y registros audiovisuales, que se proyectan sobre sonidos e

¹³¹ Código Procesal Civil y Mercantil, Artículo 330 inciso 1º. “La prueba podrá producirse por cualquiera de los medios probatorios regulados en este código.”

¹³² Código Procesal Civil y Mercantil, Art. 330 inciso 2º, “Los medios no previstos por la ley serán admisibles siempre que no afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros y se diligenciarán conforme a las disposiciones que se aplican a los medios reglados”.

¹³³ Ibid. 131

imágenes por cualquier medio técnico, los cuales atañen derechos o principios fundamentales¹³⁴, como lo son el derecho a la imagen, el honor y la intimidad de los seres humanos.

El análisis del control de la institucionalidad encargada de administrar justicia (Órgano judicial)¹³⁵, quienes son los competentes para el estudio de la admisibilidad, para esta clase de medios técnicos o tecnológicos con carácter probatorio dentro de un proceso, esto se debe a que esta singularización de medios ofertados e introducidos dentro de la variable de admisibilidad, y discutidos y valorados en la etapa probatoria –audiencia probatoria, ponen en juego o traen a colación derechos fundamentales de la persona humana¹³⁶.

Al margen de esto es preciso el estudio de la regulación que la CN brinda al

¹³⁴ Constitución de la República de El Salvador, Decreto Constituyente No. 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial No. 234, Tomo 281 del 16 de diciembre de 1983. La Constitución de la República en el artículo 2 inciso 2º establece que “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

¹³⁵ R Alexy, *Teoría de los Derechos fundamentales*, (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997), 81. Para Alexy El debate actual de la distinción entre reglas y principios, es un problema exclusivo del Derecho constitucional, centrado en la interpretación de los Derechos fundamentales; se afirma que esta distinción constituye el marco de una teoría normativo-material de los Derechos fundamentales y, con el o, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los Derechos fundamentales.

¹³⁶ Vease. H Kelsen, *De la esencia y valor de la democracia*, traducción y nota preliminar de J. L. Requejo Pagés, KRK ediciones, Oviedo, 2006, p. 181, cit., por: Torres Muro, Ignacio, “Kelsen y la Teoría de la Democracia”, en *Revista Electrónica de Historia Constitucional* Número 8, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales septiembre 2007, [hit://hc.rediris.es/08/articulos/html/Numero08.html?id=18](http://hc.rediris.es/08/articulos/html/Numero08.html?id=18) “El destino de la democracia moderna depende en gran medida de una configuración sistemática de todas las instituciones de control. La democracia sin control es a la larga imposible, pues el abandono de la autolimitación que representa el principio de legalidad supone la autodisolución de la democracia” en muy similares argumentos: Gómez Segade, José Antonio, *Comercio Electrónico en Internet*, obcit. p. 478. “...Sólo cuando el progreso científico y tecnológico hace aparecer otros objetos –escritos o no-en los que se consigna o representa alguna cosa apta para esclarecer un hecho o en los que se deja constancia de una declaración de voluntad que produzca efectos jurídicos, comienza a revisarse la vieja concepción de instrumentos por la doctrina y la jurisprudencia para dar entrada a los nuevos mecanismos de producción del pensamiento”.

derecho de probar mediante medios modernos o tecnológicos, que permita examinar la licitud, validez y eficacia de estos instrumentos probatorios, y si bien es cierto, la CN expresamente no regula lo referente al derecho de probar, y mucho menos lo referente a la utilización de medios de prueba, que impliquen la captación de palabras, imágenes y sonidos, del amplio espectro de grabaciones y registros audiovisuales, se hace preciso analizar si en el derecho al debido proceso regulado en el artículo 11 de la CN¹³⁷, implícitamente se configura la licitud o legalidad de estos medios regulados en el CPCM.

4.4 Leyes Salvadoreñas relacionadas con contratos por medios electrónicos

Internet crece a un ritmo vertiginoso. Constantemente se mejoran los canales de comunicación con el fin de aumentar la rapidez de envío y recepción de datos. Cada día que pasa se publican en la Red miles de documentos nuevos, y se conectan por primera vez miles de personas.

Con relativa frecuencia aparecen nuevas posibilidades de uso de Internet, y constantemente se están inventando nuevos términos para poder entenderse en este nuevo mundo que no para de crecer. Por todo esto se hizo indispensable crear leyes dirigidas al área electrónica, para que se cierren grandes vacíos en las leyes aplicadas con anterioridad.

El elemento base que da seguridad jurídica a tales transacciones e interacciones, es la firma electrónica. Al equipararse el valor de la firma

¹³⁷ Ibid. 249. Este principio también conocido como “Garantía del Debido Proceso Legal” o de la “Ley de la Tierra”, en los países anglosajones; “Garantía de la Tutela Judicial Efectiva para los Tribunales”, en España.

electrónica al de la firma autógrafa, se dota de equivalencia a los documentos electrónicos con los documentos tradicionales. Además, el artículo uno La Ley de Firma Electrónica establece el objetivo y la importancia de la firma electrónica a lo que textualmente dice:

Art. 1.- Son objeto de la presente Ley los siguientes:

- a) Equiparar la firma electrónica simple y firma electrónica certificada con la firma autógrafa;
- b) Otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la firma electrónica certificada, a los mensajes de datos y a toda información en formato electrónico que se encuentren suscritos con una firma electrónica certificada, independientemente de su soporte material;
- c) Regular y fiscalizar lo relativo a los proveedores de servicios de certificación electrónica, certificados electrónicos y proveedores de servicios de almacenamiento de documentos electrónicos.

Por otra parte, es importante destacar las definiciones que sobre aspectos relevantes contiene dicha normativa, ello con el único fin de dar y/o facilitar una mayor comprensión:

Art. 3.- Para los efectos de la aplicación de la presente Ley, se utilizarán las siguientes definiciones:

Acreditación: Es la autorización que otorga la autoridad competente establecida en la presente ley, a los proveedores de servicios de certificación para operar y proporcionar certificados electrónicos y a los proveedores de servicios de almacenamiento de documentos electrónicos, una vez cumplidos

los requisitos y condiciones establecidas en la presente Ley;

Certificado Electrónico: Documento proporcionado por un proveedor de servicios de certificación que otorga certeza a la firma electrónica certificada, garantizando la asociación de la persona con dicha firma;

Datos personales.

Cualquier información numérica, alfabética, gráfica o fotográfica o de cualquier otro tipo, concerniente a personas naturales identificadas o identificables.

Datos personales de alcance público: Datos que no afectan la intimidad del titular de la misma como los datos relativos al estado familiar de la persona entre otros, y que pueden estar contenidos en registros públicos.

Destinatario: La persona designada por el emisor para recibir el mensaje de datos, pero que no esté actuando a título de Intermediario con respecto a dicho mensaje.

Documento Electrónico: Todo mensaje de datos, enviado, recibido o archivado por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, que forman parte de un expediente electrónico.

Firma Autógrafa: Marca o signo que una persona escribe de su propia mano en un instrumento o documento para asegurar o autenticar la identidad de una persona como prueba del consentimiento y verificación de la información contenida en dicho instrumento. **Firma Electrónica Simple:** Son los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la

información recogida en el mensaje de datos.

Firma Electrónica Certificada: Son los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos o lógicamente asociados al mismo, que permiten la identificación del signatario, y que los datos de creación de la firma se encuentran en exclusivo control del signatario, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior al contenido del mensaje de datos.

Firmante: La persona que posee los datos de la creación de la firma y que actúa en nombre propio o de la persona que representa;

Iniciador de un Mensaje de Datos: Se entenderá toda persona que, a tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta para enviar o generar ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario con respecto a él.

Mensaje de Datos: La información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada a través de medios de comunicación electrónica o similar, que puede contener documentos electrónicos.

Proveedor de Servicios de Certificación: Persona jurídica autorizada por la autoridad competente, dedicada a emitir certificados electrónicos y demás actividades previstas en esta Ley.

Proveedor de Servicios de Almacenamiento de Documentos Electrónicos: Persona jurídica autorizada por la autoridad competente que, por la naturaleza de su negocio, brinda servicios de almacenamiento de documentos electrónicos.

Signatario: Persona que posee un dispositivo de creación de firma electrónica certificada y que actúa en nombre propio o a nombre de una persona natural o jurídica que representa.

Después de presentar los diferentes aspectos que ha querido enmarcar la ley de firma electrónica, nos interesa señalar aquellos artículos en los cuales se presenta su validez y efecto jurídico ante terceros, además, de sus formas de almacenamiento; recordemos que se trata de contratos hechos en línea los cuales no son convencionales para nuestra legislación de ahí la importancia y trascendencia de una ley como la citada; ya que, en un mundo globalizado, la tecnología es de vital importancia.

La prueba: La prueba es un derecho subjetivo público de los justiciables que intervienen con carácter de parte en un proceso, y tiene aquel reconocimiento legal en el art. 312 CPCM, cuyo enunciado garantiza entre otros aspectos los siguientes:

- A. Que el derecho a probar se desarrolle en igualdad de condiciones: lo que se traduce en que han de lograrse las mismas oportunidades de proposición y práctica de medios de prueba a ambas partes, y que las dos también han de poseer idéntico derecho al control de la prueba del contrario, cual varía de acuerdo con las particularidades de cada medio de prueba (contrainterrogatorio de testigo, la falsedad del documento, etc.)
- B. Que el derecho de la prueba comprende tanto la admisión de las que son preconstituidas, así como la práctica de los medios a constituir dentro del proceso, como asimismo el derecho a que todos esos medios resulten efectivamente valorados por el juez en su sentencia, es decir, que la prueba no se limita únicamente a la entrada del medio, sino a su

valoración real. Y es que ciertamente si faltase este último, aquella actividad de práctica devendría absolutamente inútil.

Ahora bien, ¿Cómo saber que esa valoración realmente se ha cumplido?: lógicamente a través de una lectura de la correspondiente sentencia, la cual ha de cumplir con la exigencia de motivación del art. 217 CPCM.

C. Sin embargo, la prueba no es un derecho absoluto o incondicionado, sino que el mismo se halla limitado desde dos planos distintos pero vinculantes con igual fuerza: por un lado, la prueba tiene que practicarse dentro de la legalidad, de modo que su obtención no puede convertirse en una excusa para la violación de derechos sustantivos o procesales de las demás partes o terceros.

Además, es necesario mencionar la prueba que surge dentro de cada litigio, la cual guarda una estricta relación con las afirmaciones necesitadas de demostrar y que tengan relevancia para convencer potencialmente al juez. No alcanza por tanto el derecho a probar aquello que deviene por su naturaleza inconducente para probar los hechos del caso.

4.5 Objeto de la prueba

Se entiende por objeto de la prueba, la determinación del asunto, materia o cuestión requerida de la actividad probatoria para ser fijada como cierta. El objeto de la prueba es definible en términos genéricos, tal y como lo contempla la ley -de modo como ahora nos referiremos- aludiendo a categorías de materias susceptibles de prueba y por contra, la exclusión de otras por no necesitarlo. El objeto de la prueba tiene también una dimensión particularizada en función de las pretensiones deducidas en cada proceso.

Además, no todo lo que se trata en un proceso requiere ser probado. La naturaleza dispositiva o rogada de la justicia civil y mercantil (dejamos a parte otros ámbitos del derecho procesal y algunas vertientes indisponibles de los derechos fundamentales de las personas) permite que no se invierta tiempo ni esfuerzos en probar aquello sobre lo que las dos partes están de acuerdo en la contienda, aun a riesgo de obligar al juez a aplicar el ordenamiento material sobre unos hechos que quizás no han sucedido en la realidad, pero que a fin de cuentas por aceptarlo así ambas partes, la solución sustantiva que se dé al caso cumplirá con el propósito de heterocomposición del conflicto que los ha traído ante la justicia (ello sin perjuicio, claro, de vulnerar el orden público ni los derechos de terceros). Por tanto, una primera referencia para determinar el objeto de la prueba es que se traten de puntos "controvertidos" en el pleito. Si no lo están, quedan fijados como ciertos y no se prueban, sin embargo, tampoco todo lo controvertido deviene materia de prueba. El juez está obligado a conocer el derecho positivo nacional, y en virtud por tanto del *iura novit curia*¹³⁸ este último no tiene que ser probado. A continuación, expondremos los ámbitos y alcances de la prueba de acuerdo con la ley:

Hechos afirmados y controvertidos Art. 313 1º CPCM: Materia de prueba, esencialmente son los hechos afirmados por las partes en sus correspondientes alegaciones iniciales (demanda y contestación), puestos que estos evidentemente y salvo excepciones (ej. Hecho notorio) no son conocidos por el juez, pero además resultan controvertidos pues no existe conformidad entre las partes sobre ellos, lo que obliga a abrir una actividad procesal dirigida a proporcionar al juzgador una versión fidedigna de lo acontecido. Ciertamente, si están controvertidos es porque cada parte

¹³⁸ Es un aforismo, cuyo significado es "el juez conoce el derecho" muy usado en la rama del derecho como referencia a un principio del derecho procesal.

sostiene un relato al menos en parte divergente o contrapuesto al de la otra, lo que tanto significa como que ambos relatos no pueden resultar simultáneamente verdaderos en su totalidad, pues tal cosa sería físicamente imposible. La prueba, así, contribuye a despejar cual ha de considerarse por el juez la versión más creíble¹³⁹.

4.6 Derecho extranjero

Aunque no lo precise el Código Procesal Civil y Mercantil pues al fin y al cabo no es necesario, ya que la jurisdicción de los tribunales salvadoreños se limita, por razón del territorio y del ordenamiento sustantivo y procesal a la aplicación de normas nacionales, con lo que la facultad del *iura novit curia* a la que aluden los art. 218¹⁴⁰ último párrafo y 536 CPCM¹⁴¹, se refiere a estas últimas: las normas jurídicas salvadoreñas en cualquiera de sus rangos (Constitución, leyes orgánicas, reglamentos, etc.), aunque no estén actualmente en vigor si son sustantivas (importara lo que estuviera a la fecha en que se produjo el conflicto); pero no comprende las normas del derecho positivo de los demás países del mundo.

¹³⁹ Artículo 313. “La prueba tendrá por objeto:

1° Las afirmaciones expresadas por las partes sobre los hechos controvertidos.

2° La costumbre, siempre que las partes no se pongan de acuerdo sobre su existencia o sobre su contenido.

3° El derecho extranjero, en lo que respecta a su contenido y vigencia; pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para asegurar su conocimiento.

¹⁴⁰ Artículo 218. “Las sentencias deben ser claras y precisas, y deberán resolver sobre todas las pretensiones y puntos litigiosos planteados y debatidos. El juez deberá ceñirse a las peticiones formuladas por las partes, con estricta correlación entre lo que se pide y lo que se resuelve. No podrá otorgar más de lo pedido por el actor, menos de lo resistido por el demandado, ni cosa distinta a la solicitada por las partes. Sin alterar la pretensión, y con respeto a los hechos alegados por las partes como base de sus causas de pedir, el juzgador podrá emplear los fundamentos de derecho o las normas jurídicas que considere más adecuadas al caso, aunque no hubieran sido invocados por las partes.”

¹⁴¹ Código Procesal Civil y Mercantil, Artículo 536.

La consecuencia que deducir de ello no es, desde luego, la imposibilidad de tener en cuenta tales disposiciones extranjeras en un caso concreto, lo que puede devenir necesario precisamente porque así lo impongan las propias normas nacionales, sino que su tratamiento por el juez será el propio que de a los hechos.

Por tanto, el derecho extranjero exige prueba, tanto de su contenido como de su vigencia en el país de que se trate, por lo cual el Código Procesal Civil y Mercantil opta por la decisión de no limitar los medios de prueba que pueden ser útiles al efecto, si bien en la práctica la prueba más adecuada para casos como el expuesto es una pericial, esto es, el testimonio de uno o más juristas de ese país (abogados, jueces, notarios, cuya condición quede a su vez acreditada documentalmente) que deje constancia de que el texto que se produce corresponde en efecto a la norma en cuestión, y que la misma se hallaba en vigor a la fecha en que se produjo el conflicto material sobre el que se pretende aplicar. Ahora bien, tanto el art. 313 Ordinal 3° como el 315 CPCM¹⁴², por cierto, enfatizan en que al margen de la proposición de la prueba que haga la parte interesada – y que se da por hecho, de lo contrario deberá atenderse a las consecuencias que derive de su falta de demostración, el tribunal de la causa podrá “valerse de cualquier medio para su averiguación”.

Ante ello se cuestiona ¿Implica esto que el órgano judicial puede practicar prueba de oficio incluso si la parte no solicitó nada o solicitó otro tipo de medios? No exactamente: de hecho, el art. 315 es preciso cuando comienza diciendo que la parte interesada, esto es, la que “sustente la pretensión en norma de derecho extranjero”, “deberá probar su contenido y vigencia”,

¹⁴² Artículo 315.” La parte que sustente su pretensión en norma de derecho extranjero deberá probar su contenido y vigencia, sin perjuicio de que el Juez pueda valerse de cualquier medio para su averiguación. Igualmente, la parte que lo invoque deberá probar el derecho no escrito o consuetudinario.”

imponiéndole así una carga procesal que carecería de todo sentido si, por consiguiente, llegamos a la conclusión de que el Juzgador puede optar a su libre albedrío a decidir emplear otro medio probatorio sin embargo ello no es así.

Por tanto, corresponde a la parte a cumplir con su carga de pedir la prueba de la norma extranjera y concretar los medios de convicción a tal fin, los cuales, si son lícitos, pertinentes y útiles, serán admitidos por el tribunal. Cuestión distinta a una indebida injerencia que desequilibraría la posición de ambas partes en el proceso, es que el juez, verificando que la parte interesada en probar la norma extranjera ha sido efectivamente diligente, se encuentra sin embargo con lo que el resultado de la prueba practicada a su instancia no es suficiente porque por ejemplo el dictamen *iuspericial*¹⁴³ o los documentos presentados no son completos o, por el contrario, presentan alguna contradicción, o lagunas, u oscuridades.

En esa medida sí parece factible, a los preceptos del Código ya citados, que el Juzgado ordene de oficio una prueba complementaria para aclarar aquellos extremos sobre los que la prueba ya practicada no resultó del todo útil. Lo que se antoja compatible además con el régimen general de intervención oficial en materia probatoria, recogido en el artículo 321 CPCM¹⁴⁴. Nunca, pues, puede servir la prueba de oficio para suplir la de parte, ni siquiera por que sea de derecho extranjero toda vez que su

¹⁴³ *Ius* es término judicial también procede del latín. Proviene del adjetivo *iudicialis*, *iudiciale* formado por *ius*, *iuris* (derecho, justicia, tribunal de justicia). La palabra perito proviene del latín. Deriva del verbo *experior*, *experiri*, *expertus sum* cuyo significado es poner a prueba, experimentar, aprender por experiencia.

¹⁴⁴ Artículo 321. "La carga de la prueba es exclusiva de las partes. Sin embargo, respecto de prueba, que ya fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes, el Juez podrá ordenar diligencias con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio; en tales diligencias no se podrán introducir hechos nuevos, bajo ninguna circunstancia, ni tampoco practicar ningún medio probatorio no introducido oportunamente por las partes."

tratamiento procesa, por mandato de ley, ha de ser el de una afirmación de hecho.

4.7 Admisión de la prueba material o tangible

En lo que podríamos llamar un nivel más tenue, pero real, de control de licitud probatoria, aparecen ciertas prevenciones de la ley frente a medios de prueba que por su carácter novedoso y también por las relativas facilidades que existen para alterar su contenido, pero también porque pueden ser propensas a invadir los derechos fundamentales ajenos; son admitidas en juicio siempre y cuando pasen por cierto control judicial reforzado, el cual se arbitra en el art. 325 CPCM¹⁴⁵.

Aplicase tal solución, según el mencionado precepto, a todos los "objetos, substancias, fotografías, videos, medios de almacenamientos de datos, de imagen, de voz o información, así como cualquier otra prueba material o

¹⁴⁵ Artículo 325. "Las partes, mediante testimonio, incorporarán a la audiencia probatoria los objetos, substancias, fotografías, vídeos, medios de almacenamiento de datos, de imágenes, de voz o de información, así como cualquier otra prueba material o tangible que puedan aportar elementos de prueba; y también instrumentos u otros documentos, salvo cuando éstos deban acompañar la demanda o la contestación de la misma. La parte deberá acreditar previamente su pertinencia con el hecho controvertido, así como su suficiencia para apoyar el hecho que se busca probar. Para la admisión de esta clase de prueba, la parte deberá solicitar que se autorice la identificación de la prueba material correspondiente, mostrará a la parte contraria la prueba identificada y lo hará también al testigo, para que éste, previo interrogatorio, establezca las bases necesarias para su admisibilidad. Al finalizar el interrogatorio, la parte solicitará al juez o tribunal que se considere marcada y admitida la prueba identificada. Luego de que la parte ofrezca la prueba, el juez o el presidente del tribunal deberá hacer una determinación sobre su admisibilidad, preguntando previamente a la parte contraria si tiene objeciones al respecto. Si no es objetada, el juez o tribunal tomará su decisión y ordenará que se marque la prueba como admitida o no admitida, según sea el caso. Admitida la prueba, la parte que la hubiera presentado continuará con el interrogatorio al testigo sobre el contenido sustantivo de la evidencia. Si hay objeción a la admisión de la prueba, la parte que hubiera objetado deberá argumentar y fundamentar jurídicamente ante el Juez o tribunal las razones de su objeción; o podrá previamente, contrainterrogar al testigo, limitándose a hacerlo sólo sobre la suficiencia de la prueba que éste hubiese aportado.

tangible que puedan aportar elementos de prueba; y también instrumentos u otros documentos, salvo cuando estos deban acompañar la demanda o la contestación de esta". En todos estos casos, para poder admitir la prueba se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Quien propone la prueba, ha de acompañar su solicitud aportando el bien mueble, motivando su pertinencia y utilidad (art. 325 párrafo segundo CPCM) y ofreciendo en el propio acto donde se propone (audiencia preparatoria del proceso común, o audiencia única del abreviado, donde evidentemente también cabe su presentación) el tomar declaración de un testigo, que ha de estar ahí presente, quien avalará la fiabilidad de la prueba tangible de que se trate.
- b) El juez tomará en ese acto declaración al testigo propuesto, quien podrá ser contrainterrogado por la defensa de la parte contraria (art. 325, último párrafo CPCM), la cual a su vez habrá tenido la oportunidad de examinar directamente (pero en el estrado, no en privado) la prueba (art. 325, tercer párrafo). No especifica la ley si el testigo ha de poseer conocimientos tecnológicos, es decir, si su declaración va a versar específicamente sobre los análisis o tests que haya podido efectuar para asegurarse que la grabación, fotografía, objeto, etc. que se aporta, no ha sido manipulado o alterado. En todo caso estaríamos en esa hipótesis ante la figura del testigo-perito que contempla el propio Código (art. 358)¹⁴⁶ y que por ello mismo la norma podía haber exigido que se tratase de un testigo con conocimientos técnicos, cosa que la ley insistimos, no pide, sin embargo, en el art. 325. En principio, por tanto, el testigo será útil, posea o no ese saber especializado, con tal de que ofrezca razonada justificación de las

¹⁴⁶ Artículo 358. "Si el declarante se refiere a hechos cuyo conocimiento requiere un saber científico, artístico o práctico, sólo se tomará en cuenta su declaración cuando acreditare fehacientemente ser conocedor en el área de que se trate."

circunstancias en que fueron captadas las imágenes, sonidos, palabras, registros informáticos, etc., de que se trate. Y que, de esa justificación, además, no se desprenda que la captación se hizo con vulneración de los derechos fundamentales, pues entonces por muy fidedigna que fuere, incurrirá en la ilicitud proscrita por el art. 316CPCM¹⁴⁷.

- c) A la vista de lo que expongan las partes y el testigo, la propia observación o reproducción del formato captado u objeto recogido, el juez tomará una decisión en torno al ingreso de la prueba o no a los autos. Teniendo en cuenta que nos hallamos en un control de admisión y no de valoración definitiva, si el medio aportado no se admite se seguirá la regla general del art. 317 CPCM¹⁴⁸ para las inadmisiones, y si por el contrario se admitiere, lo hará saber el juez mediante la expresión de que queda ‘marcada’ esa prueba, lo que equivale a su admisión (art. 325 párrafo tercero CPCM, señalando que la parte proponente pedirá al juez que “se considere marcada y admitida” la prueba identificada). Ello sin embargo no obstará:
- 1- a que la parte contraria pueda solicitar prueba en juicio para desvirtuar su credibilidad;
 - 2- que el tribunal en la sentencia a pronunciarse le confiera a dicho medio el valor que merezca, una vez analizadas todas las pruebas.

¹⁴⁷ Artículo 316. “Las fuentes de prueba deberán obtenerse de forma lícita, quedando expedita a las partes la posibilidad de denunciar su origen u obtención cuando sean contrario a la ley. Las fuentes de prueba obtenidas con vulneración de derechos constitucionales no serán apreciadas por el Juez al fallar, y en este caso deberá expresar en qué consiste la violación. La práctica de los medios probatorios en forma contraria a lo previsto por las leyes procesales determinará la nulidad del medio correspondiente. Sin embargo, la fuente de prueba podrá ser utilizada siempre que su aportación se hubiera realizado conforme a las normas legales.”

¹⁴⁸ Artículo 317. “La prueba deberá ser propuesta por las partes en la audiencia preparatoria o en la audiencia del procedimiento abreviado, salvo casos expresamente exceptuados en este código. La proposición de la prueba exige singularizar el medio que habrá de ser utilizado, con la debida especificación de su contenido. El Juez evaluará las solicitudes de las partes, declarará cuáles pruebas son admitidas y rechazará las que resulten manifiestamente impertinentes o inútiles. La decisión del juez no será recurrible, y las partes podrán solicitar que se haga constar en acta su disconformidad, a efecto de interponer recurso contra la sentencia definitiva.”

d) Si los objetos de que se habla el art. 325 CPCM se hubieran aportado con la demanda y contestación, no se prevé que se haga un control *ab initio* de los mismos. Sin embargo, es evidente que los mismos peligros de fiabilidad ofrecen estos medios con dependencia de cuando se hubieren entregado (dejamos a parte los problemas de preclusión y de una posible ruptura de la cadena de la custodia, que es algo distinto). Por tanto, creemos que una aplicación igualitaria de este precepto lleva a que también a los objetos, grabaciones, fotografías, etc., aportados con la demanda y contestación, deban de someterse al correspondiente control judicial el acto de proposición ordinaria de prueba (audiencia preparatoria, o la de prueba del proceso abreviado, debiendo el proponente presentar la justificación exigible, y ponerse en marcha los filtros previstos en dicho art. 325¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Artículo 325. “Las partes, mediante testimonio, incorporarán a la audiencia probatoria los objetos, sustancias, fotografías, vídeos, medios de almacenamiento de datos, de imágenes, de voz o de información, así como cualquier otra prueba material o tangible que puedan aportar elementos de prueba; y también instrumentos u otros documentos, salvo cuando éstos deban acompañar la demanda o la contestación de la misma. La parte deberá acreditar previamente su pertinencia con el hecho controvertido, así como su suficiencia para apoyar el hecho que se busca probar. Para la admisión de esta clase de prueba, la parte deberá solicitar que se autorice la identificación de la prueba material correspondiente, mostrará a la parte contraria la prueba identificada y lo hará también al testigo, para que éste, previo interrogatorio, establezca las bases necesarias para su admisibilidad. Al finalizar el interrogatorio, la parte solicitará al juez o tribunal que se considere marcada y admitida la prueba identificada. Luego de que la parte ofrezca la prueba, el juez o el presidente del tribunal deberá hacer una determinación sobre su admisibilidad, preguntando previamente a la parte contraria si tiene objeciones al respecto. Si no es objetada, el juez o tribunal tomará su decisión y ordenará que se marque la prueba como admitida o no admitida, según sea el caso. Admitida la prueba, la parte que la hubiera presentado continuará con el interrogatorio al testigo sobre el contenido sustantivo de la evidencia. Si hay objeción a la admisión de la prueba, la parte que hubiera objetado deberá argumentar y fundamentar jurídicamente ante el Juez o tribunal las razones de su objeción; o podrá previamente, contrainterrogar al testigo, limitándose a hacerlo sólo sobre la suficiencia de la prueba que éste hubiese aportado. Al finalizar el contrainterrogatorio, la parte fundamentará su posición con respecto a la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba.”

4.8 Medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de la información

1- El Código Procesal Civil y Mercantil cierra el capítulo referido a los medios probatorios con una nueva serie de artículos dedicados a los distintos medios de prueba, refiriéndose a ellos en los art. 396 al 401 CPCM¹⁵⁰ a los que podemos denominar “medios modernos” o medios de prueba tecnológicos; los cuales han constituido uno de los caballos de batalla más arduos de la jurisprudencia en los últimos años en los distintos países cuando todavía no contaban con su reconocimiento legal (se acudía para su cobertura a una interpretación forzada de la prueba documental).

Ello ha sido un problema que en los últimos años se ha venido subsanando, y así desde luego lo hace el CPCM por esa misma aceptación hacia un mundo tecnológico que nos rodea y nos acompaña en gran cantidad de nuestros actos, tanto en el ámbito familiar como profesional. Opta así el legislador entonces por generalizar su uso procesal en todas las contiendas civiles y mercantiles regidas por el Código, aunque siempre cauteloso en su tratamiento.

2- Así las cosas, con la implementación de los medios tecnológicos, deja fuera aquellos medios de prueba que, aunque de base científica, han sido calificados legalmente como documentos y en esa condición se enmarcan los siguientes: las fotografías, planos, mapas, croquis “u otros documentos similares” conforme lo indica el art. 343 CPCM¹⁵¹, así las cosas, puede afirmarse que en esta sección sexta, surgen dos tipos caracterológicos de

¹⁵⁰ Estos artículos son base para evaluar los medios de prueba, como sonido, voz, imagen o almacenamiento de información, debido a que en esta sección se detallan los lineamientos que contiene el CPCM referente a lo utilizable o aplicable en el país.

¹⁵¹ Este artículo contiene las disposiciones de medios de prueba aplicables según el CPCM.

soportes o instrumentos técnicos con valor probatorio, sometidos ambos al mismo régimen:

a) En el primer término, los que describe como “medios de reproducción de sonido, voz, datos o imagen” (art. 396 CPCM¹⁵²): hablamos aquí del amplio espectro de grabaciones y registros audiovisuales, proyectados sobre el sonido e imágenes de la más variada índole y con interés en un proceso concreto.

b) En segundo lugar, los soportes o medios “de almacenamiento de datos o de información (...) magnéticos o informáticos” (art. 397 y 398 CPCM¹⁵³): tanto los soportes o aparatos que contienen la información original (desde las unidades “c” de computadora, a una simple cinta de casete en el que se hubiera grabado una conversación), como aquellos que sirven para copiar y reproducir esa misma información (disquetes de CD o DVD, unidades externas de almacenamiento, “pendrive” etc.).

1- En cuanto a la proposición de dichos medios, ha de conjugarse el presente articulado con las reglas contenidas en el art. 325 del mismo Código (“acreditación de prueba material o tangible”). En lo que ahora importa recordar, se establece ahí que la proposición, formalizada en el trámite común (audiencia preparatoria -proceso común- o audiencia única— proceso abreviado-) deberá ir acompañada de una justificación testimonial, que servirá al juez para calibrar la pertinencia, utilidad y licitud del soporte que se presenta.

¹⁵² Contiene los medios de prueba de imágenes o palabra que ayudaran a la resolución de conflictos y en caso particular a casos de contratos realizados por medio electrónico.

¹⁵³ La prueba documental es uno de los medios disponibles para demostrar la veracidad de un hecho alegado. Esto por cuanto la información que consta en documentos o escritos puede ser valorada por un juez como muestra veraz de la autenticidad de un hecho.

Hay que tener en cuenta, además, que esta clase de soportes no solamente sustituyen medio de prueba en sentido estricto gracias a lo que aquí permite el Código, sino que también puede convertirse en el "objeto" de la prueba en un proceso concreto, cuando sobre ellos gravita precisamente la pretensión deducida. Piénsese por ejemplo en una demanda de protección de una marca o patente sobre un programa informático, o de una acción de incumplimiento o resolución de contrato por la entrega de un aparato de reproducción audiovisual con defectos de fabricación, etc.

2- A las garantías del art. 325 CPCM, se añaden las reglas que introducen los art. 397 y 398 CPCM en cuanto a la portación de estos medios de prueba (sea de reproducción del sonido e imágenes, sea de almacenamientos de datos), la cual podrá comportar la entrega tanto de un soporte-copia de la información, o bien del aparato que contiene el registro original archivado.

Si se hiciere lo primero, la parte contraria podrá solicitar del tribunal que se requiera al proponente para que entregue también el instrumento o soporte en el que obre el original (disco duro o unidad "c" de una computadora, cartucho o disco de la grabación, etc.). Si por no tenerlo en su poder, o debido a sus dimensiones o el estado de la cosa, no pudiere ser trasladado a la sede judicial, "el proponente indicará el lugar donde el material se encuentra para que el juez lo requiera o se persone a dicho lugar" (art. 398 CPCM), ordenando en su caso la exhibición de su original y su aportación al proceso (art. 399 CPCM) o bien advere su cotejo con la copia presentada, para otorgar autenticidad a esta última.

3- En orden a la admisión judicial de estos medios de captación tecnológica de hechos, tanto importará controlar la teórica o potencial pertinencia y

utilidad de la prueba, como su licitud, pues con ningún otro medio de prueba que con estos existe tanto riesgo de una eventual vulneración de derechos fundamentales (honor, intimidad y propia imagen, especialmente), de las partes o de terceros.

Si bien las dudas sobre la manipulación del aparato o disco pueden despejarse al final de la audiencia probatoria permitiendo de entrada que se admita, no ocurre lo mismo con la ilicitud; pues esta debe despejarse de manera tajante, excluyendo la prueba inconstitucional.

4- En el propio acto de proposición y admisión, se deberá permitir a las demás partes proponer aquellos otros medios de convicción dirigidos al control y enervación de su valor (básicamente prueba pericial).

1- Como se ha indicado, no será infrecuente que, a efectos de determinar la propia existencia y autenticidad de esta prueba, haya sido preciso ya algún tipo de reproducción de la información contenida en el soporte técnico. Como quiera que sea, la verdadera "práctica" de esta clase de prueba ha de tener lugar en la audiencia probatoria, sea proceso común o abreviado. A tal efecto, los arts. 399 y 400 CPCM¹⁵⁴ establecen una reproducción de la información contenida en el soporte de que se trate, en la sala de vistas del Juzgado o tribunal, salvo que una vez más resulte necesario trasladarse a algún lugar en que se halle el aparato requerido para ello, si este no se puede movilizar. En muchas ocasiones esto será ciertamente necesario, porque el órgano judicial tendrá el equipo necesario (computadoras, equipos de video, etc).

¹⁵⁴ Estos artículos contienen las necesidades de reproducción de medios de prueba y auxilio pericial, lo que es indispensable para una mejor comprensión de la prueba presentada.

2- Asimismo, se prevé el auxilio de un perito o práctico en sentido amplio, con una doble función: ayudar a la puesta en funcionamiento y regulación del aparato que permitirá la reproducción de la información (art. 400CPCM).

Y en segundo lugar, como ya hemos mencionado en la fase de proposición, “las partes, de considerarlo necesario, podrán solicitar al juez la designación de un perito, a costa de quien lo propone”, con el fin de ir formulando sus observaciones (“en la misma audiencia y de viva voz”) mientras tiene lugar la reproducción programada, dejando constancias de esas opiniones en torno al contenido de lo que se reproduce, a las condiciones en que se ha hecho la captación-grabación, y a la validez y autenticidad, o posible alteración del material. Opiniones pues, favorables o desfavorables a la eficacia de la prueba, frente a las que se otorgará derecho de interrogatorio de las partes “cuando algún punto no hubiera quedado claro” (art. 400 CPCM).

1- Por último, hay que indicar que con carácter genérico no se pauta nada específico sobre el valor probatorio de estos medios lo que nos conduce, como no, al art. 416 del código¹⁵⁵ y la aplicación del juzgar razonado que deriva del respeto a ese estándar que son las reglas de la sana crítica. En general, el juez tendrá en cuenta no solamente el contenido de lo aprehendido por el medio técnico, sino la legibilidad de la grabación, los hechos que reproduce, y desde luego también las observaciones testificales (al proponer la prueba: recuérdese el art. 325 CPCM) y periciales igualmente practicadas.

2- Dada la facilidad con que puede presentarse este tipo de anomalías, el art. 401 CPCM¹⁵⁶ sí que se refiere a los medios de esta clase que aparecieren

¹⁵⁵ Es indispensable una valoración de la prueba, para obtener una crítica correcta y no subjetiva de los resultados.

¹⁵⁶ Código Procesal Civil y Mercantil, Artículo 322. “Los medios de reproducción de la imagen o del sonido, así como aquellos en los que estuviera almacenada alguna información, que se hallaren total o parcialmente destruidos no harán fe respecto del hecho que se pretende

deteriorados, y lo hace para regular en esencia lo mismo que en la materia documental (art. 342 CPCM¹⁵⁷). Esto es, permitiendo que puedan tener valor en juicio siempre que la destrucción o deterioro afecte no solo al formato externo del soporte sino a la información interna, en cuya hipótesis “no harán fe respecto del hecho que se pretenda probar”. En esta visión panorámica del sistema de prueba del Código Procesal Civil y Mercantil, nos interesa ahora tan solo destacar:

Esto es: los documentos (arts. 331-343 CPCM) y los medios de carácter personal, que comprende a su vez la declaración de parte (arts. 344- 353 CPCM), la prueba de testigos (arts. 354-374 CPCM) y la de peritos (arts. 375-389 CPCM). Junto a ellos aparece también el reconocimiento judicial (arts. 390-395) que representa una prueba tanto híbrida o intermedia entre lo real – el acta de reconocimiento- y lo personal -la versión que ofrece el juez al levantar el acta-.

En segundo lugar, el Código apuesta por la recepción de los modernos medios de reproducción de la palabra, sonido e imágenes, y de archivo de datos por medios electrónicos e informáticos (arts. 396-401 CPCM), que hoy en día son de uso cotidiano y alcanza unas cotas de fiabilidad cada vez mayores, constituyendo una realidad inminente a la que la ley procesal no podía dar la espalda; hasta tal punto que algunas de esas tecnologías se califican por el Código como una extensión más de la prueba de documentos (art. 343 CPCM). Sin lugar a duda estos medios de prueba permiten fijar la certeza de un hecho y de esta forma dar una mayor seguridad jurídicas.

probar. Pero cuando su contenido sea inteligible y su sentido no se vea afectado por el deterioro, no se aplicará lo que establece el inciso anterior.”

¹⁵⁷ Los instrumentos que se encuentren en un estado de deterioro deben ser descartados, debido a que no cumplen con las características necesarias para establecerse como medio de prueba.

INVESTIGACION DE CAMPO

Este capítulo tiene como objetivo conocer el uso e implementación que hacen los jueces y abogados litigantes, del medio de prueba de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de la información en los procesos civiles y mercantiles, en obligaciones contraídas de forma electrónica en El Salvador. Tomando como parámetro de investigación los diferentes Tribunales Civiles y Mercantiles del centro integrado de justicia del Municipio de San Salvador; haciendo uso de la entrevista como herramienta para la recolección de la información.

5.1. Definición de encuesta a realizar

En el presente capítulo se describe el método de investigación que se utilizará para obtener la información que se necesita para su desarrollo, el cual será la entrevista, por la que se entiende la comunicación interpersonal establecida entre el investigador y el sujeto de estudio a fin de obtener respuestas verbales a las interrogantes planteadas sobre el problema propuesto¹⁵⁸.

Se considera que este método es más eficaz que el cuestionario, ya que permite obtener una información más completa. A través de ella, el investigador puede explicar el propósito del estudio y especificar claramente la información que necesite; si hay interpretación errónea de las preguntas permite aclararla, asegurando una mejor respuesta. Se podrá definir entonces que la entrevista consiste en la obtención de información oral de

¹⁵⁸ Manuel Galán Amador, “metodología de la entrevista y la investigación”, (publicada en: Bogotá el 29 de mayo de 2009), pag.1.

parte de una persona (entrevistado) lograda por el entrevistador directamente, en una situación de cara a cara, y que en ocasiones la información no se transmite en un solo sentido, sino en ambos, por lo tanto, una entrevista es una conversación entre el investigador y una persona que responde a preguntas orientadas a obtener información exigida por los objetivos específicos de un estudio.

Se hará relación a dos tipos de entrevista las cuales son:

Entrevista Estructurada: Se caracteriza por estar rígidamente estandarizada. Se plantean preguntas idénticas y en el mismo orden a cada uno de los participantes, quienes deben escoger alguna de dos o más alternativas que se les ofrecen.

Para orientar mejor la entrevista, se elabora un formulario previo que contenga todas las preguntas por realizar. Sin embargo, al utilizar este tipo de método el Investigador tiene limitada libertad para formular preguntas independientes generadas por la interacción personal.

Entrevista No Estructurada: Es más flexible y abierta, aunque los objetivos de la investigación rigen a las preguntas; Su contenido, orden, profundidad y formulación se encuentra por entero en manos del entrevistador.

Si bien el investigador, sobre la base del problema, los objetivos y las variables elabora preguntas antes de realizar la entrevista, modifica el orden, la forma de encabezar las preguntas o su formulación para adaptarlas a las diversas situaciones y características particulares de los sujetos de estudio. Este tipo de entrevistas es muy útil en los estudios descriptivos y en las fases de exploración para el diseño del instrumento de recolección de datos.

Ventajas de la entrevista Estructurada: Asegura la elaboración uniforme de las preguntas para todos lo que van a responder, fácil de administrar y evaluar más objetivamente de quienes responden como las respuestas a las preguntas, se necesita una limitada capacitación del entrevistador y es mucho más viable en entrevistas pequeñas.

Ventajas de la entrevista No Estructurada: El entrevistador tiene mayor flexibilidad al realizar las preguntas adecuadas a quien responde, además puede explotar áreas que surgen espontáneamente durante la entrevista, puede producir información sobre área que se minimizaron o en las que no se pensó que fueran importantes.

Ya conociendo estos dos tipos de entrevistas y las ventajas de cada una dentro de toda investigación se tiene que para el desarrollo de la entrevista que se realizó a los jueces de lo Civil y Mercantil del municipio de San Salvador, se utilizará el tipo de entrevista no estructurada, ya que esta permitirá recabar la información de interés para el tema en investigación, pues al momento de la entrevista si surge información de interés que no se tenían plasmadas en la guía de preguntas para dicha entrevista se pueden retomar más interrogantes sobre el tema en mención.

Además, es de aclarar que debido al tipo de preguntas realizadas en la presente entrevista y por la naturaleza de estas, no se utilizará la metodología de gráficos, debido a que las preguntas a realizar son de análisis y en base a la experiencia del día a día de los Jueces en materia civil y mercantil en el área de San Salvador.

5.2 Entrevista dirigida a Jueces de Tribunales Civiles y Mercantiles del Municipio de San Salvador

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR, FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

La presente entrevista va dirigida a jueces de los Juzgados de lo Civil y Mercantil del Centro Judicial Integrado de Derecho Privado del Municipio de San Salvador.

Tiene por objeto recabar insumos sobre la puesta en práctica de los medios de prueba de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de la información en los procesos civiles y mercantiles, en obligaciones contraídas de forma electrónica en El Salvador.

NÓMINA DE PREGUNTAS PARA LA ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS JUECES DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL MUNICIPIO DE SAN SALVADOR.

1) ¿Cuál es su cargo dentro del órgano judicial?

2) ¿Cuánto tiempo tiene de desempeñarse en dicho cargo?

3) Señor Juez, ¿qué opina de la estructuración que el legislador hizo de la normativa Civil y Mercantil de El Salvador?

4) Refiriéndonos a las novedades que esta normativa presenta, ¿considera usted que está apegada a las necesidades de la sociedad, de acuerdo con los cambios que van surgiendo en materia Civil y Mercantil?

5) El Código Procesal Civil y Mercantil contempla novedades en materia probatoria, ¿considera usted que las mismas vuelven ágil y eficaz el proceso mencionado?

6) ¿Qué opinión le merecen los medios modernos de prueba que establece el Código Procesal Civil y mercantil?
buena_____ mala_____ regular_____ Por qué? _____

7) Respecto a los medios de prueba de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de la información, ¿cuáles de ellos son más utilizados en los procesos que usted conoce a diario?

8) ¿Qué tan confiables pueden ser dichos medios de prueba?

9) Refiriéndonos a estos medios de prueba, ¿con que frecuencia son propuestos y valorados en los procesos?

10) ¿Qué valor probatorio puede atribuírsele a una grabación cuando reproduce palabras en que hay declaraciones de voluntad que constituyan un acto jurídico?

11) ¿Cómo se puede comprobar que la prueba que se refiere el número anterior en relación con los dispositivos de reproducción de voz, fue captada de forma legal?

12) ¿Cuáles son los requisitos que usted toma en cuenta, para la incorporación en el proceso de un medio probatorio como el citado?

13) Con la entrada en vigencia de la Ley de Intervención de las Escuchas Telefónicas, ¿cuáles son los parámetros que se utilizan al momento que es ofertado este medio probatorio?

14) ¿Cuáles son los límites o requisitos que se tienen en materia probatoria para no caer en la violación del derecho a la privacidad de las personas en la utilización de los medios de prueba de reproducción de voz, sonido e imagen?

15) ¿Cuál es la trascendencia que estos medios modernos de prueba tienen en los procesos Civiles y Mercantiles?

Mucha_____ poca_____ nula _____ porque _____

16) ¿En los casos en que se presente un medio probatorio de reproducción de voz, es necesario nombrar un perito para poder garantizar que se trata de la persona que es parte en el proceso?

17) Si la respuesta a la pregunta anterior es negativa, ¿cuál es el mecanismo establecido para comprobar la veracidad de este medio probatorio?

18) ¿En el caso de las imágenes, ya sean grabadas o impresas, es necesario acreditar la forma mediante la cual se obtuvo esta?

19) Si no se acredita la legalidad de dichas imágenes, ¿estas pueden ser utilizadas como medio probatorio?

20) ¿Qué recomendación podría proporcionar a los abogados litigantes que no utilizan estos medios modernos de prueba que presenta el Código Procesal Civil y Mercantil, para su aplicación?

5.3 Interpretación de resultados de entrevista dirigida a Jueces de los Juzgados de lo Civil y Mercantil del Centro Judicial Integrado de Derecho Privado del Municipio de San Salvador

1) ¿Cuál es su cargo dentro del órgano judicial?

Las personas entrevistadas como ya antes se hacía mención se han realizado todas con jueces de lo Civil y Mercantil del municipio de San Salvador.

2) ¿Cuánto tiempo tiene de desempeñar dicho cargo?

Las respuestas a esta interrogante fueron diversas, ya que los señores jueces cuentan con diferentes años de experiencia siendo aplicadores del derecho desempeñándose como tales, en esta rama de la jurisprudencia.

3) Señor Juez, ¿Qué opina de la estructuración que el legislador hizo de la normativa Civil y Mercantil de El Salvador?

En términos generales los entrevistados manifiestan que la estructura de la nueva normativa Civil y Mercantil, tiene avances respecto a la normativa anterior porque en este no se regulan mini procesos, si no que hace referencia a un proceso común y además es una normativa que está basada en principios, la cual por su estructura en términos generales es funcional, pero es un tanto dispersa ya que brinda herramientas básicas para el desarrollo productivo del país, además algo importante a lo cual los entrevistados hacían mención es la implementación de la oralidad y celeridad en los procesos.

4) Refiriéndonos a las novedades que esta normativa presenta, ¿considera usted que está apegada a las necesidades de la sociedad, de acuerdo con los cambios que van surgiendo en materia Civil Y Mercantil?

En términos generales, los señores jueces entrevistados consideran que la nueva normativa Civil y Mercantil, está apegada a las necesidades cambiantes de las sociedades, ya que esta normativa permite agilizar la tramitación de los procesos bajo principios básicos como, la oralidad, la inmediación, contradicción y concentración de la prueba.

Así mismo, también hacen mención que dicha normativa no está a la vanguardia de los cambios que la sociedad va experimentando, es decir que las sociedades son más dinámicas, pero en todo caso las leyes deben comprender la apertura suficiente para que el legislador pueda hacer una valoración y aplicación de la normativa, apegándose a la realidad cambiante en materia mercantil.

5) El Código Civil y Mercantil contempla novedades en materia probatoria, ¿considera usted que las mismas vuelven ágil y eficaz el proceso mencionado?

De acuerdo a las respuestas obtenidas en esta interrogante, en su mayoría los aplicadores de la ley en este caso los señores jueces de lo Civil y Mercantil, hacen mención que si hay figuras novedosas en la nueva normativa pero que aún en la gran mayoría de procesos las pruebas vertidas en los mismos siguen siendo la prueba instrumental, bajo la forma tradicional según se había estado realizando con anterioridad a la nueva normativa; aunque si bien es cierto con el principio de libertad probatoria, los litigantes

pueden incorporar a los procesos prueba de diversas fuentes siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en materia probatoria para la incorporación al proceso de las mismas.

6) ¿Qué opinión le merecen los medios modernos de prueba que establece el Código Procesal Civil y Mercantil?

Buena; _____ mala; _____ Regular; _____, por qué?

Todos los entrevistados coinciden en que los medios modernos de prueba establecidos en la nueva normativa son buenos, porque, las realidades de las sociedades van cambiando y al igual que los avances tecnológicos exigen que la prueba que exista respecto a los mismos pueda ser incorporada dentro de los procesos, también consideran que es buena porque ayuda a la incorporar la prueba de manera eficaz.

Para el caso, el señor juez Cuarto de lo Civil y Mercantil Juez 2, enfatiza en que el CPCM obedece a una fusión de varios cuerpos normativos, en especial en materia probatoria, por lo que no se complementan, y, es por ello por lo que quedan carentes de sustancia probatoria.

7) Respecto del medio de prueba de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información, ¿Cuáles de ellos son más utilizados en los procesos que usted conoce a diario?

Las respuestas obtenidas a esta interrogante según la experiencia de algunos jueces, fue que los medios que se utilizaban en sus procesos eran, las USB, DVD, y las imágenes, correos electrónicos, páginas de internet, etc, aclarando que si bien es cierto estos medios se ofertan, pero no cumplen con los requisitos establecidos para su incorporación como medio probatorio, por

lo que no pueden ser incorporados como tales para hacer prueba en los referidos procesos.

También hacía referencia uno de los jueces entrevistados que en el juzgado a su cargo hasta el momento no se había hecho uso de ninguno de estos medios novedosos establecidos por la nueva normativa civil y mercantil, ya que cuando estos han sido propuestos en un determinado proceso, sin antes hacer el estudio si cumplen con todos los requisitos para ser incorporados, son aceptados los hechos por el deudor y ya no es necesaria su valoración; así mismo, hay otros que aunque se ofertan como prueba no pueden comprobar la legalidad mediante la forma que fueron obtenidos, ejemplo de ello, una fotografía, la cual no pueden comprobar si se obtuvo de forma legal es decir si existía consentimiento de la persona que aparece en la imagen y por esto no se pudo incorporar.

8) ¿Qué tan confiables pueden ser dichos medios de prueba?

Los jueces entrevistados coinciden que los medios modernos de prueba en general son aplicables siempre y cuando se haga un buen uso de los mismos y se haga la incorporación al proceso cumpliendo con la normativa establecida para los medios de prueba, y sobre todo si son lícitos y pertinentes si son confiables en los distintos procesos.

Respecto a ello uno de los entrevistados hace referencia al principio de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal, art. 13 CPCM, la prueba presentada en el proceso será fiable mientras no se compruebe su falsedad.

9) Refiriéndonos a estos medios de prueba, ¿con que frecuencia son propuestos y valorados en los procesos?

Según la experiencia del juez Quinto de lo Civil y Mercantil, Juez 2 hace mención que en ese juzgado son propuestos a diario y valorados con la

misma frecuencia, pero no deja la duda si son incorporados porque se valoran según su aplicación para ver la legalidad de los mismos, en tanto otros jueces hacen mención que estos medios probatorios dada la novedosidad de los mismos raras veces son ofertados como prueba, quizá por el desconocimiento de los litigantes, o porque su uso está limitado en alguna medida, pero sobre todo porque los abogados litigantes no conocen la forma idónea o correcta para proponerlos.

10) ¿Qué valor probatorio puede atribuírsele a una grabación cuando reproduce palabras en las que hay declaraciones de voluntad que constituyan un acto jurídico?

El valor probatorio de acuerdo a lo dicho por los juzgadores que se emplea sobre ellos es el de la sana crítica, el cual es la operación intelectual realizada por el juez y destinada a la correcta apreciación del resultado de las pruebas judiciales, realizada con sinceridad y buena fe. Ha sido definida como "la lógica interpretativa y el común sentir de las gentes y como la combinación de criterios lógicos y de experiencia que debe aplicar el juzgador". En otras palabras, la sana crítica es el método de apreciación de la prueba, donde el juez la valorará de acuerdo a la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Las reglas de la sana crítica no constituyen un sistema probatorio distinto de los que tradicionalmente se han venido reconociendo. Se trata más bien de un instrumento que el juez está obligado lógicamente a utilizar para la valoración de las pruebas en las únicas circunstancias en que se encuentra en condiciones de hacerlo, esto es, cuando la legislación no lo sujeta a un

criterio predeterminado como en el caso de la prueba instrumental. El principio exige que el juez motive y argumente sus decisiones.

11) ¿Cómo se puede comprobar que la prueba que se refiere al número anterior en relación con los dispositivos de reproducción de voz fue captada de forma legal?

Para esta interrogante coinciden los entrevistados que quienes deben probar esta peculiaridad, será quien tenga la carga de la prueba, pero aclaran que se podrá probar mediante testigos que acrediten que esa voz corresponde a la persona a la cual se le imputa o también con la declaración de parte que acepte que efectivamente es su voz la que se encuentra en el dispositivo, lo mismo ocurrirá cuando decida valorar si a la hora de la obtención de la prueba no se ha vulnerado algún derecho constitucional y corroborar los datos que ahí se encuentren que estén dentro de lo legal.

12) ¿Cuáles son los requisitos que usted toma para en cuenta para incorporación en el proceso de un medio probatorio como el citado?

Se tiene por resultado que los señores jueces valoran de acuerdo a lo ya establecido en la normativa sobre los medios de prueba, como son la licitud de la prueba presentada, la pertinencia, y la utilidad de la misma dentro del proceso, esto de acuerdo a los artículos, 316, 318 y 319 del CPCM.

13) Con la entrada en vigencia de la Ley de Intervenciones de las Escuchas Telefónicas, ¿Cuáles son los parámetros que se utilizan al momento que es ofertado este medio probatorio?

De acuerdo con las opiniones obtenidas, este no lo han visto hasta el momento de la investigación ya que hacían referencia que dicha aplicación corresponde al ámbito penal, pero de ser presentado se verificara la legalidad de esta y con previa autorización de un juez instructor.

14) ¿Cuáles son los límites o requisitos que se tienen en materia probatoria para no caer en la violación del derecho a la privacidad de las personas en la utilización de los medios de prueba de reproducción de voz, sonido e imagen?

Se deberá ver el contexto en el cual se obtuvo la prueba, si estamos hablando del ámbito privado o público, si hubo o no consentimiento de la persona a la hora de la obtención de esta; en cuyo caso se deberán, so pesar ambos derechos, tanto el derecho de probar como el derecho a la privacidad de la contraparte, por lo que en principio se deberá probar la licitud de la prueba para poder ser incorporada como medio probatorio.

Así también excluir cualquier cosa que este fuera del proceso, es decir si es impertinente no hay motivo por el cual realizar la valoración y que esta no dañe la integridad de la contraparte.

15) ¿Cuál es la trascendencia que estos medios modernos de prueba tienen en los procesos civiles y mercantiles?

Mucha; _____ poca; _____ nula; _____; por qué.

Según algunos entrevistados la trascendencia de este medio es poca, ya que los litigantes o las partes en el proceso no lo explotan de forma correcta, es decir los ofertan, pero sin conocer el procedimiento de incorporación, aunque según otros, es mucha información sin dar un porqué, considera que es mucha la trascendencia dentro de los procesos en materia civil y mercantil.

16) ¿En los casos en que se presenta un medio probatorio de reproducción de voz, es necesario nombrar un perito para poder garantizar que se trata de la persona que es parte en el proceso?

Según esta interrogante solo un juez hizo referencia a que no es necesario nombrar perito, mientras que los demás jueces de forma general coincidieron en que si es posible nombrar un perito, pero antes de que se llegue a esta etapa del proceso se deberá verificar la cadena de custodia que se ha tenido con la obtención de la prueba, y también se debe tener claridad de cuál es el tipo de prueba ofertada, por ejemplo un celular que es presentado como fuente de prueba porque este contiene imágenes y sonidos los cuales se quieren introducir al proceso como prueba, en este caso se deberá nombrar un perito informático para vaciar los datos desde el celular y así poder tener acceso lo que se encuentra en el celular, y posterior a eso se presentaran testigos para poder acreditar que las imágenes y sonidos o videos si son de quien se imputa ser.

17) Si la respuesta a la pregunta anterior fue negativa ¿Cuál es el mecanismo establecido para comprobar la veracidad de este medio probatorio?

Con la única respuesta obtenida en la interrogante anterior la cual hace mención que no es necesario el nombramiento de un perito para garantizar que, si se trata de la contraparte en el proceso, a esta interrogante hace énfasis en que deberá ser la contraparte quien demuestre la falsedad o la pertinencia de la misma según el Art.325 CPCM.

18) ¿en qué casos de las imágenes, ya sean grabadas o impresas, es necesario acreditar la forma mediante la cual se obtuvo esta?

Se tiene que, para los aplicadores de la ley, si será necesario probar la forma en la cual se obtuvo esta imagen, es decir que haya sido obtenida de forma lícita, además se deberá probar la autenticidad de la misma.

También se debe verificar que esta no sea contraria a los derechos constitucionales de las personas, es decir que no se hayan vulnerado los derechos fundamentales de la contraparte.

19) Si no se acredita su legalidad de dichas imágenes, ¿estas pueden ser utilizadas como medio probatorio?

De acuerdo con la información recabada en los casos en que sean ofertadas imágenes como medio probatorio, pero respecto de los cuales no se pueda acreditar la legalidad de la obtención de aquellas, estas se deben dejar fuera del ámbito probatorio, es decir, expulsarlas del proceso en el cual se quieren incorporar.

20) ¿Qué recomendación podría proporcionar a los abogados litigantes que no utilizan estos medios modernos de prueba que presenta el Código Procesal Civil y Mercantil, para su aplicación?

Algunas de las recomendaciones que hacen los señores jueces a los abogados que litigan en materia civil y mercantil, son que indaguen sobre estos medios modernos sobre la importancia de utilizarlos y que estudien los mecanismos, requisitos y formas para introducirlos en los diferentes procesos, porque se debe tener claridad que si se rompe la cadena de custodia de cada uno de ellos, no pueden ser utilizados, y esta inicia desde el momento que se compra el dispositivo que se utilizará para recabar la prueba; es decir, se deberá probar que en este no se encontraba nada en el

momento que se obtuvo la prueba que se quiere presentar, un ejemplo de esto, fue un caso que se llevó contra un súper mercado por estar difundiendo música sin la autorización de quien la produce, es decir se estaban violentando los derechos de autor, en este caso se debía hacer constar donde se grabó, quienes estaban presentes al momento de efectuar la grabación del audio y así mismo tomar nota mediante acta notarial que el gerente del establecimiento sabía que se realizaría dicha grabación del sonido, ya que sin tomar en cuenta todos estos requisitos no podría incorporarse al proceso.

Asimismo, decirles a los litigantes que siempre que sea ofertada una imagen como prueba, esta deberá ir acompañada de la testimonial, ya que se debe probar como fue obtenida, si en un lugar público o en el ámbito privado, y sabiendo que el mal manejo de las pruebas novedosas implicará la pérdida o la no valoración de esta en los procesos.

Por lo tanto, se hace énfasis en que utilicen estos medios modernos de prueba, pues el Código les da la legalidad necesaria para poderlos valorar en los procesos y son muy útiles si se utilizan siguiendo los requisitos por ley establecidos para la incorporación en los procesos civiles y mercantiles.

CONCLUSIONES

Una vez finalizada la presente investigación, se concluye que existen nuevos medios de prueba en los procesos Civiles y Mercantiles en el mundo entero; los cuales no están relacionados en las antiguas leyes, porque son originados por los avances científicos y tecnológicos de nuestra época, tales avances han permitido que el comercio electrónico crezca en todo mundo, borrando de esta manera barreras como el tiempo y la distancia, haciendo más dinámico y efectivo el comercio y este tipo de contratos electrónicos; por lo antes mencionado, el legislador se ha visto obligado a crear leyes, métodos, instituciones y organismos, encargados de vigilar y asegurar esta nueva forma de contratación.

En el país no es la excepción y es por esta razón es que ha incluido en el Código Procesal Civil y Mercantil normas que valoran e incorporan los nuevos instrumentos tecnológicos de almacenamiento y reproducción del sonido, voz o la imagen, todo esto con el fin de proteger y garantizar este tipo de contratos.

Es importante destacar que ese tipo de medios probatorios pocas veces se incorporan en los procesos que a diario son presentados en los diferentes tribunales, es por ello que se observa que los abogados litigantes en materia civil y mercantil aún no se han percatado de la importancia que conlleva la utilización e implementación de estos medios probatorios, que el legislador introdujo a la legislación salvadoreña para garantizar esta nueva forma de contratación.

Sobre la base de la situación expresada, hay que afirmar, que la regulación contenida en la nueva normativa Civil y Mercantil habrá de ser fuente importante de problemas de interpretación y aplicación, destacándose entre ellos, el de la naturaleza que se atribuye a los instrumentos regulado y el de la valoración del juzgador.

En definitiva, el objetivo principal de este trabajo de investigación es presentar la importancia de estos medios modernos de prueba, lo anterior en razón que nos encontramos frente a un mundo globalizado, donde es necesario e indispensable contar con las herramientas jurídicas necesarias que nos permitan controlar todos aquellos actos o contratos que se realizan de forma electrónica para garantizar la seguridad jurídica al usuario.

RECOMENDACIONES

Es importante que se brinde un mayor énfasis en capacitar en materia informática, tanto a los jueces, abogados litigantes, como a los demás actores de la vida jurídica, respecto al medio de prueba de reproducción de la voz, sonido o de la imagen, y almacenamiento de la información, debido a que se encuentran ciertos vacíos jurídicos en este aspecto, los cuales limitan el uso de esta clase de herramientas tan importantes e indispensables para todos las áreas jurídicas no solo en materia Civil y Mercantil.

Además, crear nueva legislación que sea aplicable a situaciones jurídicas concretas en las cuales se incorporen directamente los medios de prueba de reproducción de voz, sonido o la imagen en los procesos Civiles y Mercantiles, ya que el actual Código Procesal Civil y Mercantil y demás leyes aplicables quedan cortas al referirse a la aplicación de las mismas, es decir el juez al momento de valorar estos medios de prueba debe tener un mayor respaldo jurídico y teórico para poder fundamentar correctamente los procesos, a fin de evitar vacíos legales que pueden estar generando desconfianza al momento de valorarlos y tomar en cuenta estos medios de prueba.

En fin es indispensable dotar al juzgador de todas las herramientas jurídicas que le permitan llegar a la verdad con más facilidad, por lo que es necesario que se valore crear instituciones que velen y garanticen mediante leyes especiales y procesos estructurados la contratación en línea, al mismo tiempo actualizar todos los medios de prueba que la legislación otorga, incluyendo los medios de reproducción de la voz del sonido y de la imagen y almacenamiento de la información, para facilitar criterios básicos a los aplicadores en materia Civil y Mercantil.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

A. Varela, Casimiro y Ricardo de Palma. 1999. Valoración de la prueba, Procedimientos Civiles y Penal. Buenos Aires, Argentina, 2ª ed. edit. Astrea de Alfaro. 255.

Buen Lozano, Néstor. 2000. La decadencia del contrato. México: 3ª ed. edit. Porrúa. 95.

E. Seoane. 2005. La nueva era del comercio electrónico: Historia del comercio electrónico. Madrid. Edit. Vigo. 13.

Echandia, Hernando. 1981. Teoría General de la Prueba Judicial. Buenos Aires Argentina: Tomo I. 5ª ed. Victor de Zavilla edit. 57.

Echandia, Devis. 1983. Compendio de Derecho Procesal Tomo I. Bogotá. 9ª ed. 29.

Lara Velado, Roberto. Introducción al Estudio del Derecho Mercantil. Editorial Universitaria de El Salvador. Vol. 2. 1ª ed. 9. 17.

Montero Aroca, Juan. 1996. La prueba en el Proceso Civil. ed. Cívitas S.A., Santiago de Chile. 9.

Muñoz Sabate, Luis. Barcelona. Técnica probatoria, un estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso, praxis. 34.

Ospina Fernández, Guillermo. 2001. Régimen General de la Obligaciones. Bogotá. 7ª ed. edit. Teris S.A. 9.

Padilla Sahagun. Gumersindo. 2008. Derecho Romano. México. 4º ed. edit. Mc Graw Hill. 78.

Pérez Vives, Álvaro. 1998. Teoría General de las Obligaciones, parte primera de las fuentes de las obligaciones. Bogotá Colombia. edit. Temis. 178.

Paillas, Enrique. 1991. Estudio del derecho probatorio. Santiago de Chile. edit. Jurídica chile, alfabeta impresores. 140.

Quevedo Coronado, Francisco Ignacio. 2008. Derecho Mercantil. México. 3º ed. Pearson Educación. 3.

Regina Villegas, Rafael. 1959. Compendio de Derecho Civil Contratos. México. edit. Porrúa. 5.

Rugiero, Roberto. 1929. Instituciones del Derecho Civil. Madrid España. Tomo I. 2 y 3.

Rodríguez, Arturo Alessandri y Manuel Somarriva Undurranga. 1961. Curso de Derecho Civil, Tomo III. de las Obligaciones en General, edit. Nascimento. Santiago de Chile. 7 y 9.

Sentís Melando, Santiago. 1979. La Prueba. Buenos Aires, Argentina. Los Grandes Temas del Derecho Probatorio. ed. Jurídicas Europa, América. 151.

Vásquez del Mercado, Oscar. 2011. Contratos Mercantiles Internacionales. México. 2° ed. edit. Porrúa. 10.

Valencia Zea, Arturo. Tratados de Derecho Civil. 2004. Tomo III. Edit. Porrúa, 7° ed. Bogotá, Colombia. 85.

Vásquez López, Luis. Estudio sobre la Teoría General de las Obligaciones en la Legislación Civil de El Salvador. 1982. Tomo III. 2° Impresión. 16.

TESIS

Saravia Alfaro, Sandra. 2009. La seguridad jurídica de los contratos en el Comercio electrónico: El Salvado. Tesis para obtener el grado de Lic. En Ciencias Jurídicas de Universidad de El Salvador. 7.

Orellana, Daniel Eduardo. 2009. Necesidades de un marco legal que regule la intervención del notario en la contratación electrónica en el Salvador. Tesis de grado, Universidad de El Salvador. San Salvador. 43.

Arévalo Canizález, Rosa Carolina et al. 2011. Aplicación supletoria en el proceso de familia de los medios de prueba denominados de reproducción del sonido, voz, imagen y almacenamiento de información regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil. Tesis de grado, Universidad de El salvador, San Salvador. 1.

LEGISLACION

Código Procesal Civil y Mercantil. 2008. Decreto Legislativo N. 712 de fecha 18 de Septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial N. 224, Tomo N. 381, del 27 de noviembre de 2008.

Código Procesal Civil y Mercantil de la República de Guatemala, Ley N. Arts. 180, Disponible en: [http:// www.track.unodc.org/.../Guatemala](http://www.track.unodc.org/.../Guatemala).

Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones, de El Salvador.

Ley de Procedimientos Mercantiles, Decreto Legislativo No. 67d1, de fecha 08/05//1970, publicada en el Diario Oficial 140 el 31/07/1970, Tomo 228. Reformado por decreto legislativo No. 641, de fecha 26 de junio de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 120, Tomo 379 de fecha 27 de junio de 2008.

JURISPRUDENCIA

Sentencia 27-3cm-12-A. Pronunciada a las doce horas con doce minutos del día dieciocho de junio de dos mil doce, por la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro.

Caferratas Nores, José. 1998. La prueba en el proceso penal. Buenos Aires Argentina. 3ª ed. edit. de Palma. Código de Procedimientos Civiles de Colombia.

Reformas: (2) **Decreto Legislativo No. 319** de fecha 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 100, Tomo 387 de fecha 31 de mayo de 2010.

INSTITUCIONAL

Estudio realizado por la **Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social**. 2017. Según el boletín N 76, fue realizado en el mes de abril, por el Departamento de Estudios Legales de FUSADES.

González, Héctor. 1978. Teoría general de la prueba. México. Universidad autónoma de México. 1.

González Piano, Mariana del Carmen et al., 1827. Manual de Derecho Civil. Universidad de la República de Uruguay. Departamento de publicaciones. Unidad de comunicaciones de la Universidad de la República de Uruguay. 315.

Grupo Iberoamericano de tratamiento de archivos administrativos. Hacia un diccionario de terminología archivística. GITAA. Santafé de Bogotá. D.C. 1997. Archivo General de la Nación. 133.

Gómez del Castillo, Manuel y Gómez. 2014. Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil, derecho procesal. Universidad de Huelva. España. 84-96.

Klineberg, Jean Marie. 2006. Manual de semiótica general. Colombia. Universidad Jorge Tadeo Lozano. 346.

REVISTAS

Galán, Amador. Mayo 29 de 2009. Metodologías de la entrevista y la investigación. Bogotá. 1.

DICCIONARIOS

Cabanellas de Torres. Guillermo. 1993. Diccionario Jurídico elemental. Argentina. Edit. Heliasta S.R.L. 1ª ed. 1979.

Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española 2014. Diccionario de la Lengua Española 23º ed. Madrid España. ISBN 978-84-670-4189-7.

SITIOS WEB

[http//actualidad-juridica2012.com/?view=sidebar](http://actualidad-juridica2012.com/?view=sidebar)

www.eseade.edu.ar